Die

Gewissensvertretung

nach

gemeinem deutschen Processrecht.

Die

Gewissensvertretung

nach

gemeinem deutschen Processrecht.

Von

Dr. Adolf Nissen,
Privatdocent der Rechte an der Universität Leipzig.

Leipzig:
F. A. Brockhaus.
1861.

Vorwort.

Zwei fast gleichzeitig erscheinende Monographieen über dieselbe Frage, freilich mit sehr verschiedenen Resultaten. Ich war bis auf die letzte Durchsicht fertig, als die Muther'sche Schrift [Die Gewissensvertretung im gemeinen Deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Particulargesetzgebungen, besonders der Sächsischen und Preussischen] erschien. Aber ich hielt mich verpflichtet, ihr noch eingehende Berücksichtigung zu Theil werden zu lassen. Dadurch wurde der Druck meiner Schrift etwas verzögert.

Die von Muther bereits citirte Schrift: „Hinschius, Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation", ist im leipziger Buchhandel noch nicht zu haben.

Leipzig, am 4. November 1860

Der Verfasser.

Inhaltsangabe.

Erster Abschnitt.

Das römische Recht.

Zweiter Abschnitt.

Das romanische Recht.

Dritter Abschnitt.

Das deutsche Recht.

Vierter Abschnitt.

Entwickelung der eigenen Auffassung.

Erster Abschnitt.

Das römische Recht.

§. 1.

Für die Epoche des römischen Rechts, welche das gerichtliche Verfahren in ius und iudicium theilte, treten uns mit bestimmtem Unterschiede drei Veranlassungen eines Eides entgegen, dessen Zweck allemal der ist, eine entstandene Streitfrage zu erledigen.

Vor Allem nämlich konnte eine Partei dem Gegner eidliche Schlichtung anbieten, ehe es überall noch zur gerichtlichen Verhandlung kam. Wurde diese Vergleichsofferte angenommen, so lag offenbar ein Vertrag vor, dessen beigefügte, in der Eidesleistung bestehende Bedingung durch ihre Erfüllung den Streit beendete. Diesem Eide wurde prätorischer Schutz zu Theil, auf Seiten des Gläubigers durch eine in factum actio ex iureiurando, auf Seiten des Schuldners durch eine exceptio, falls nicht Ausnahmsgründe vorlagen, welche die Wirkung verhinderten. Solche Gründe konnten auch in nachträglicher Vernichtung jener Eideswirkung dadurch bestehen, dass die betreffende Partei sich von derselben durch abermaligen Eid befreite. Wir haben also hier nach einfachen Rechtsbegriffen ein pactum vestitum; die Eidesleistung hat an sich keinerlei Werth, sie erhält denselben nur durch das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft.

Abgesehen von diesem Fall, welcher ohne irgend welche obrigkeitliche Mitwirkung die einfache Anwendung der Parteiwillkür uns zeigt, konnten die streitführenden Theile auch nach begonnenem Verfahren eidliche Erledigung herbeiführen.

Bekanntlich stand es im römischen Recht dem Kläger frei, vor dem Prätor auftretend seinen Anspruch in die blosse Behauptungsform zu kleiden. Damit war ihm diese Form nicht geboten, im Gegentheil, es gab Fälle, in denen sie ihm verschlossen und seine actio doch anerkannt war; — aber regelmässig war ihm gestattet ohne Angabe derjenigen Thatsachen, auf welche er seinen Anspruch gründete, mit der blossen Schlussfolgerung hervorzutreten und deren Anerkennung vom Gegner zu fordern. Die gleiche Selbständigkeit nun, welche offenbar, jede Controle verschmähend, in dem Bewusstsein der Verantwortlichkeit ihre einzige Schranke fand, — sie stand auch dem Beklagten zu. Er seinerseits durfte in gleicher Weise den klägerischen Anspruch anerkennen, ohne dass von Seiten des Prätors eine Untersuchung darüber wäre angestellt worden, ob nicht Jener in seinem vermeintlichen Recht, Dieser in seiner eingestandenen Pflicht irrig schlussfolgere. Das Geständniss des Beklagten war mithin ein Dispositionsact, dessen Wirkung: eine rechtserzeugende, bei welcher wir die Frage ausser Ansatz zu lassen haben, ob ein solches Rechtsverhältniss existirte oder nicht.

Begreiflicher Weise aber konnte solche Macht der verneinenden Antwort des Beklagten nicht beigelegt werden; selbst dann nicht, wenn sie in feierlicher eidlicher Form erfolgte; es wäre sonst leicht Jeder bereit gewesen, sich von der erhobenen Klage loszuschwören, ein Satz, der mit der ganzen Beweisdoctrin des römischen Rechts in schroffem Widerspruch gestanden hätte. Anders freilich

lag die Sache, wenn der Gegner sich und die Existenz seiner Behauptung der gegnerischen Aussage unterwarf. Solche Proposition von der Hand zu weisen enthielt augenscheinlich das indirecte Geständniss: dass man grundlos die frühere Behauptung aufgestellt habe, denn es wurde ja Nichts als deren feierliche Wiederholung gefordert. Und war etwa dem zum Eid aufgeforderten Theile es nicht genehm zu schwören, so musste er mindestens das in ihn gesetzte Zutrauen ehren und, Gleiches mit Gleichem vergeltend, seinem Gegner den Eid überlassen, welcher ihn abzuleisten nunmehr pflichtig war.

Dieser prätorische Zwang, den unsere Quellen zusammen fassen in dem Satz: „Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre", fand also seine innere Berechtigung in dem Umstande, dass Zutrauen zu dem Eide führte, nicht Misstrauen; dass der Eid selbst als der Ausfluss einer Befugniss, als eine Begünstigung, eine meliorirende Handlung erschien und es den Verdacht der Chikane nahe legte, wollte man solches Zutrauen unbenutzt lassen und den Gegner der Last eines wirklichen Processganges aussetzen. — Aber die gleiche Billigkeit, welche den Zwang als Regel aufstellte, musste in Ausnahmsfällen ihn nicht zulassen und einer Beengung, hervorgerufen durch irrig gestelltes Schwurthema oder durch die Pflicht über unbekannte Thatsachen zu schwören, möglichst vorbeugen. Nur dürfen wir dies nicht etwa mit einer Controle über den Eid verwechseln, denn nur die bittende Partei findet hier ihren Schutz gegen ihr lästigen Zwang, nicht die Idee des Eides ruft die Ausnahme hervor. — Wenn daher die Parteien einig werden, ihren Zwist auch jetzt noch vor dem Prätor durch Schwur zu schlichten, wenn sie gleichfalls den Inhalt des Eides bestimmen, so schützt der Prätor diese Erledigung ohne jedwede Rücksicht auf das

gewählte Thema, welches möglicher Weise mit dem wirklich erhobenen Anspruch gar nichts gemein hat. Erst durch die Weigerung der einen Partei wird die prätorische Hülfe, sei es nach der einen, oder der andern Seite, angerufen.

Solcher Eid nun (oder was ihm an Wirkung gleichsteht, die remissio oder die confessio als praeiudicium recusationis) erledigt die umfasste Frage völlig. Neben ihm bleibt nicht etwa noch eine civilis obligatio bestehen, so dass der Eid nur die Wirkung einer exceptio hätte, oder dass er andererseits geltend gemacht werden müsste durch eine actio in factum. Seine Wirkung bestand vielmehr in völliger Constatirung des Rechtsverhältnisses. Möglich, dass sich noch zur Ermittelung des Inhaltes ein iudicium aestimatorium anschloss; sonst war, wo certa pecunia numerata den Gegenstand bildete, die Sache reif zur Execution, welche der Prätor auf desfallsigen Antrag nach fruchtlosem Verlauf des tempus iudicati gewährte. Eine Klage aus dem Eide im römischrechtlichen Sinn kann ich mir eben so wenig vorstellen, wie eine Klage aus der confessio in iure, welche ja als das Präjudiz der Eidesweigerung ausdrücklich aufgeführt wird.*) In diesem Sinne völliger Wirkung sagen die Quellen auch von diesem Eide „maioremque habet vim ac res iudicata", denn die richterliche Entscheidung entbehrte in jener Zeit der, ich möchte sagen, publicistischen Grundlage, welche hier dem Eide dadurch zu Theil ward, dass er vor dem Magistratus geleistet und seine Existenz mithin ausser Zweifel, sein Ursprung ein höherer ist als der des Urtheils, welchem die staatliche Anerkennung erst durch die actio iudicati zu Theil ward.

---

*) Die entgegengesetzte Auffassung muss dem geschwornen Eide geringere Kraft beilegen wie dem verweigerten.

Der gleiche Grund, welcher allen judiciellen Acten geringere Wirkung beilegte, wie denen des Prätors, trat denn auch ein, sobald die Parteien die Eidesdelation erst in iudicio anwandten. Der iudex war durch die formula gebunden: seine Ueberzeugung über die Richtigkeit und Wahrheit der aufgestellten Schlussfolgerungen auszusprechen, und war es nun auch gewiss den Parteien unbenommen, durch eidlichen Vergleich sich vom iudicium zurückzuziehen, da jener Zeit eine besondere Art des Abschlusses ausser dem gerichtlichen Interesse stand, — so war doch ein solcher Eid dem iudex gegenüber wirkungslos. Derselbe war einzig gebunden an die prätorischerseits gezogenen Linien und hätte mithin des gegnerischen Einspruchs ungeachtet zu Ende procediren, den Streit durch seine Sentenz beschliessen müssen, sobald eine der beiden Parteien sich bei ihm zur Fortsetzung des iudicium meldete, den unter Eidesbedingung geschlossenen Vertrag nicht haltend. Trat das sicherlich ein, wo die Parteiwillkür ein für die Sache völlig irrelevantes Eidesthema aufgestellt hatte, so war selbst dann, wenn coram iudice die streitigen Fragen beschworen wurden, die Einwirkung solches Eides auf die richterliche Ueberzeugung eine quaestio facti, deren Entscheidung im einzelnen Fall erst durch die wirklich gesprochene Sentenz möglich wurde. Und mochten immerhin die Parteien sich vor eidlicher Erledigung darüber vergewissern, dass solchem Eide eine gleichlautende richterliche Sentenz nachfolge, so blieb doch immerhin das ganze Verhältniss ein schwankendes, und gewiss konnte der Richter keine Partei zur Erklärung über die ihr gestellte Offerte des Eides zwingen*), da er ihr keinerlei directe Wirkung

*) Die entgegenstehende Meinung ist die gewöhnliche. Vgl. auch Rudorff, Rechtsgeschichte, II, S. 255.

durch den Eid versichern konnte. Nicht im Eide lag hier die entscheidende Kraft; er bildete vielmehr nur die Basis des Urtheils, und gelang es dem Gegner, auf irgend eine Weise den Richter vor gesprochener Sentenz vom Gegentheil zu überzeugen, so sprach der Richter diese seine Ueberzeugung aus und der geleistete Eid war nutzlos. Um mithin wirkungsvoll vor dem Richter den Eid deferiren zu können, war nothwendige Voraussetzung, dass dem Richter die Fähigkeit ertheilt wurde, seine eigene Ueberzeugung von der vorgängigen Eidesleistung abhängig zu machen.

Als nun späterhin durch den Zusammenfall von ius und iudicium die beiden Functionen in einer und derselben Hand vereint wurden, musste das natürlich von grossem Einfluss auf unsere Fragen werden. Die Autorität des Richters beruhte nicht mehr auf einer Parteiconvention, sie war eine staatliche geworden. Dadurch war nach der einen Seite hin die Wirkung der richterlichen Entscheidung geändert, auf der andern Seite schwanden die formellen Glieder, welche bisher die Absonderung kennzeichneten. Aber sie schwanden nur äusserlich, nur formell; materiell lag zu grosser Werth auf ihnen, als dass sich die Grenzen hätten aufheben lassen. So blieb denn, wie mir scheint, ius und iudicium eigentlich neben einander bestehen, nur kam es nicht zum äusserlichen Trennen beider Theile. Ganz wie bisher haben wir demnach auch im neuesten römischen Recht die Möglichkeit anzunehmen, dass die Parteien eingangsweise ohne wesentliche Mitwirkung von Seiten des Richters den Streit durch Geständniss oder Eid erledigen. Auch jetzt noch hat der Richter sich nicht zu instruiren über die Prämissen ihrer Behauptungen, er wirkt nur solennisirend, gewissermassen von seiner iurisdictio voluntaria Gebrauch machend, welche ja von Alters her sich bei den Römern

in den Formen eines Processes entwickeln konnte. Wenn aber die Parteien dieses Stadium, welches in jeder Hinsicht dem frühern ius entsprach, ohne Entscheidung vorübergehen, wenn sie es zur eigentlichen gerichtlichen Verhandlung kommen liessen, so war zuvörderst ihre Pflicht, die Behauptungen durch Thatsachen zu ersetzen, von deren Bewahrheitung der Ausgang des Processes abhing. M. a. W. an der Stelle der alten Litiscontestation trat die narratio proposita und contradictio obiecta. Und nunmehr musste die Stellung des Richters in diesem gerichtlichen Verfahren eine wesentlich von der des früheren iudex abweichende sein. Es wäre undenkbar gewesen, die Macht desselben magistratus, welcher eben noch unter denselben Parteien mit fast Recht schaffender Wirkung auftreten konnte, völlig zu ignoriren, sobald es zu einer Begründung der vorhin blos kategorisch hingestellten Behauptungen gekommen war. Wollten mithin die Parteien, auf den früheren Standpunkt zurückgehend, den vom Gegner aufgestellten Behauptungen ohne Rücksicht auf ihre Prämissen concediren, so war auch das gewiss gestattet, mochte es pure, mochte es unter der Bedingung eines Eides beliebt werden. Nur freilich lag darin ein bedeutender Unterschied von der anfangs erwähnten Erledigung, dass nunmehr, nachdem der staatliche Organismus in Bewegung gesetzt war, diese seine Bewegung sich darin kund gab, dass sie einen förmlichen Abschluss des Verfahrens auch dann verursachte, wenn der Streit schon beendet war. Praktisch mag das seinen Grund auch im Hineinspielen der Kostenfrage gehabt haben. Uns erscheint es hier als das Resultat des Zusammenschmelzens zweier Instanzen, die, bisher in ihren Voraussetzungen grundverschieden, für das neue Verfahren beide ihren Antheil lieferten.

Auch dann aber konnte eine Eidesdelation stattfinden,

wenn die Parteien bei der thatsächlichen Begründung stehen blieben, und dieser Fall ist für die geschichtliche Entwickelung der Eideslehre von weit grösserm Interesse. Hier nämlich gewann offenbar der Eid einen beweisenden Charakter; er liquidirte nicht die Behauptung schlechtweg, sondern diejenigen Thatsachen, welche richterlicherseits als massgebend anerkannt waren, welche die Grundlage eben jener Behauptungen bildeten. Konnte also jener Eid über die Behauptung selbst von jedem Theile deferirt werden, so haben wir statt dessen hier eine Eidesdelation, welche im wesentlichen die Aussage des Gegners zu einer Erleichterung oder Befreiung in der Beweisführung zu benutzen wünscht, einen Eid mithin, der nur über Thatsachen und nur über solche Thatsachen geht, welche der Richter, wenigstens andeutungsweise, als den Sieg bedingend anerkannt hat; den folgeweise auch nur der Beweispflichtige zur Hand nehmen wird. — Hiermit steht die Bestimmung des justinianeischen Rechts im unmittelbaren Zusammenhang, dass nämlich der Richter definitiv erkennen kann unter Bedingung eines Eides.*) Freilich leiten manche mit Unrecht aus dieser Stelle ab, dass der Richter im justinianeischen Rechte der eidauflegenden Sentenz die Endsentenz bedingt habe beifügen müssen; es ist offenbar nur das gesagt, dass mit der blossen Eidesauflegung ohne beigefügtes Präjudiz die definitive Entscheidung nicht gegeben sein könne, — sie kann also nachfolgen. — Aber schon die Möglichkeit, welche wir hier anerkannt finden, dass nämlich der Richter definitiv im Vorwege entschei-

*) L. 11 C. de sent. et interloc., 7, 45. „Quum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est.“

den kann, sofern er nur das betreffende Präjudiz beifügt, schon diese Möglichkeit zeigt uns den Fortschritt der Entwickelung gegenüber dem frühern iudicium, in welchem die richterliche Entscheidung dem Eide nothwendig nachfolgt.*)

§. 2.

Es ist hier nicht der Ort näher auf die interessanten Consequenzen einzugehen, welche das römische Recht selbst aus diesen verschiedenen Eidesarten entwickelt; nur bei einzelnen Punkten müssen wir noch verweilen.

Wir sahen vorhin, dass die Eidesleistung den Streit im Entstehen ersticken konnte, indem sie als Erfüllung einer Vergleichsbedingung beiden Theilen das gab, was ihr eigener Wille herbeigeführt hatte. Auf solche Eidesleistung hatte selbstredend der Acceptant des deferirten Eides ein unbestreitbares Recht, denn der eigentliche juristische Schwerpunkt lag ja in der Acceptation, welche mit der gestellten Proposition zusammentreffend den Vertrag perfect machte. Von einem Rückruf daher konnte durchaus keine Rede sein. Die einzige Frage war, ob der Eid in der vereinbarten Weise geschworen wurde oder nicht, ob also die Erfüllung der Bedingung oder ihre Nichterfüllung vorlag, welcher Auffassung die Römer bekanntlich mit gewohnter Consequenz so weit folgten, dass sie den Meineidsbeweis ausschlossen. Ob also der Deferent, etwa nachträglich sich eines Andern besinnend, statt der eidlichen Erledigung die des gewöhnlichen Rechtsweges wollte, das war völlig irrelevant, sobald

*) L. 31 D. de iureiur., 12, 2, verbis: „solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare, qui iuraverit." L. 25, §. 3, D. de prob. 22, 3: „ut iudex iuramenti fidem secutus ita sententiam possit formare."

nur durch jenseitige Erklärung der Vertrag geschlossen war, sei es durch Acceptation, sei es durch Relation, welche in dieser Richtung der Acceptation gleich wirken musste, da sie eine Proposition mit gesetzlich bereits feststehender, zwangsweiser Acceptation vom Deferenten bildete. — Dieser Satz musste gelten, sobald die Parteien das Rechtsverhältniss zum Gegenstand ihres Eides machten. Allein anders verhält es sich, sobald die fundirenden Thatsachen das Schwurthema bildeten, die Parteien des Eides sich zur Beweisführung bedienten. Hier lag juristisch gar kein Werth im Eide, denn die Relevanz der einschlagenden Thatsachen war nicht festgestellt — wenn wir von dem im Endurtheil auferlegten Eide absehen, auf welchen diese ganze Argumentation begreiflich nicht passt —, und es war daher die Möglichkeit vorhanden, dass der Richter entweder ein anderes thema probandum schliesslich aufstellte, oder durch irgend welche Erwägungen sich bestimmen liess, trotz des Eides anders zu erkennen. Lauter Gründe, welche in solchem Falle die Eidesdelation als eine Art Nothbehelf ansehen machten, zumal wenn wir bedenken, dass ihre Vertragsnatur auch hier, wenn auch nur auf dem Gebiet der Beweisung, die Parteien band, ein Gegenbeweis also, selbst ein Meineidsbeweis ausgeschlossen war. Hier also, wo es mehr Drang der Noth als Wunsch rascher Erledigung, mehr Mistrauen als Zutrauen war, was den Beweisführer zur Eidesdelation greifen liess, hier lag es näher ihm zu gestatten, von jenem Vertrage, welcher offenbar einen subsidiären Charakter hatte, wiederum zurückzutreten. Freilich im strengen römischen Recht lag keinerlei Grund vor, solche Billigkeit anzuerkennen, wie wir denn auch keinerlei Zeugniss älterer Zeit für sie haben; als aber der Einfluss der christlichen Religion sich geltend machte, trat auch die dem römischen Recht

völlig fremde Tendenz hinein, Eide möglichst zu verhüten; und ist diese gleich, wie unsere Quellen uns zeigen, nicht stark genug gewesen, der römischen Doctrin wesentlich Abbruch zu thun, so möchte ich ihr doch die nunmehr darzustellenden Abweichungen zuschreiben.

Justinian bestimmt in der l. 11 C. unsers Titels, wer den Eid deferirt habe, dürfe ihn revociren, wenn er meine: andere Beweismittel zu haben; es solle ihm jedoch ein Regress zur Eidesdelation nicht mehr offen stehen, weil er diese offenbar verschmäht, auf sie verzichtet habe. Auch werde ihm diese Revocation durch rechtskräftige Endsentenz wie durch wirkliche Leistung des Eides abgeschnitten.

Es scheint mir unzweifelhaft, dass nur christliche Einflüsse diese Bestimmung begründeten; denn die Consequenz der im Gesetz selbst angegebenen Auffassung würde uns offenbar zur entgegengesetzten Entscheidung führen. Wenn in dem nachträglichen Wählen gewöhnlicher Beweisführung ein Verzicht auf den Eid enthalten, die Stellung beider mithin die einer Alternative sein soll, so folgt, dass die Wahl des Eides auch den Ausschluss der anderweiten Beweise involvirt. Mir scheint, dass nur die oben entwickelte Tendenz, Eide zu verhindern, solche Inconsequenzen hervorrufen konnte. Zudem müssen wir daran festhalten, dass nur von einem Eide über Thatsachen die Rede ist, dass somit auf den gleich eingangsweise deferirten Eid diese Bestimmung keine Anwendung finden kann. Ebenso wenig endlich kann derjenige von diesem Reurecht Gebrauch machen dürfen, dem sein Eid zurückgeschoben ist, denn wir finden keinerlei Erwähnung seiner im Gesetz, und nicht einmal der erwähnte Gedankengang liesse sich auf ihn anwenden.

Aber dass jenes christliche Princip überhaupt nur in sehr oberflächlicher Weise berücksichtigt ist, zeigt uns

gleich die folgende Stelle (die l. 12 C. eod.), in deren Eingang Justinian provisorische Eidesleistung anordnet, um dem Uebelstande zu entgehen, welchen der während weiteren Verhandlungen eintretende Tod des Schwurpflichtigen herbeiführen könnte. Im Uebrigen zeigt uns gerade dieses Gesetz, wie es denn auch am Ende desselben ausdrücklich hervorgehoben wird, dass auch zur Zeit Justinian's das ältere Recht, wie wir es dargestellt, unverändert galt, mit dem einzigen für die Sache selbst irrelevanten Zusatz, dass durch den Instanzenzug die Möglichkeit geschaffen war, eine oberrichterliche Entscheidung über die Triftigkeit der Gründe einzuholen, durch welche eine Partei sich berechtigt glaubte, eine Ausnahme von dem gewöhnlichen Zwange zu begehren.

War nun unter diesen Gründen auch etwa der: dass man lieber beweisen als sich auf den Eid einlassen wolle?

Ein ausdrückliches Quellenzeugniss für die Zulässigkeit solches Recusationsgrundes haben wir anerkanntermassen nicht; meines Erachtens lässt dieselbe sich ebenso wenig indirect aus den betreffenden Gesetzen entnehmen. Man könnte zuvörderst versucht sein, den Gedanken der l. 11 C. auf den Delaten anzuwenden und so gut diesen wie dem Deferenten die Befugniss geben, vom Eide zu andern Beweismitteln zurückzugreifen; allein offenbar gibt die l. 11 cit. nicht die Befugniss statt der Erklärung auf den Eid andere Mittel zu wählen, sondern nur sich der Gefahr zu entziehen, welche die Erledigung durch gegnerischen Eid um so mehr enthielt, als dieselbe nicht einmal durch Meineidsbeweis angetastet werden konnte. Selbst wenn wir also, und man könnte immer noch darüber streiten — selbst wenn wir ein argumentum a contrario aus jenem Gesetz entnehmen dürften, würde dasselbe uns nur dahinführen, nach geschehener Relation dem Referenten die Rücknahme des Eides und

die Wahl anderer Beweisführung zu gestatten, ein völlig anderes Institut.

Ebenso wenig berechtigt uns die l. 30 D. de iureiur., XII, 2, jenen Recusationsgrund aufzustellen; die hier in Betracht kommenden Worte lauten:

> „Eum qui iuravit, ex ea actione, quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere Pedius ait; abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate, quum omissa hac parte Edicti dupli actio integra maneat; et potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri sed iusiurandum actoris conservari."

Die Stelle ist von jeher Gegenstand verschiedener Auffassung gewesen. Um welchen Eid es in ihr sich handle, vorzüglich aber, ob die Alternative für den Kläger gegeben sei, entweder aus dem geleisteten Eide zu klagen, oder die Litiscrescenzklage anzustellen, das ist bis auf die jüngste Zeit bestritten. *) Die Stelle auf einen aussergerichtlichen Eid zu beziehen und demnach nur die gewöhnliche Wirkung eines pactum dem geleisteten Eid beizulegen, wie das in früherer Zeit regelmässig geschehen, das ist schon deshalb unzulässig, weil Paullus ausdrücklich das Paciseiren in Litiscrescenzfällen für unzulässig erklärt. **) Andere haben aber selbst bei gerichtlich geleistetem Eide den Rückgriff zur ursprünglichen Litiscrescenzklage gestatten wollen; selbst Rudorff in Savigny's und seiner Zeitschrift, Bd. 14, S. 472 fg., kommt zu einem analogen Resultat, indem er den Regress gestattet, sobald der Eid mit dem Vorbehalt des Regresses gelei-

*) Vgl. C. Sell in den Jahrbüchern, II, Nr. 1 u. 5.

**) Paullus, receptae sentent., I, 19, §. 2: „Ex his causis quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest." Vgl. Donellus, lib. 24, cap. 10, §. 11.

stet sei. Solchen Vorbehalt erblickt Rudorff in der Eidesformel unserer Stelle: „aliquid sibi deberi" —, „der Kläger will", wie Rudorff sagt, „den beschworenen Theil in Sicherheit bringen, ohne auf die Möglichkeit zu verzichten, mittelst eines freilich schwierigen Beweises auch das übrige zu retten". — Diese Erklärung halte ich nicht nur für eine gezwungene, ich bin sogar der Ansicht, dass sie mit den eigenen Ausführungen Rudorff's in Widerspruch steht.

Hätte der Jurist den Eid nur auf einen Theil der Forderung ex professo richten lassen wollen, so würde dafür die Bezeichnung „aliquid" eine meines Erachtens unzutreffende gewesen sein; die naheliegende, in vielen andern Fällen angewandte Ausdrucksweise durch Zahlen hätte jeden Zweifel ausgeschlossen. Ebenso wenig kann ich es für richtig halten, wenn dem Kläger aus dieser Stelle heraus die Befugniss der Wahl zwischen Eides- und Litiscrescenzklage beigemessen wird, sei es nun unbeschränkt oder beschränkt. Die Worte „cum omissa hac parte Edicti dupli actio integra maneat", auf welche diese Ansicht gestützt wird, enthalten nach meiner Auffassung etwas völlig anderes. Die einzelnen Punkte werden sich am besten erklären, wenn ich die Stelle im Zusammenhange interpretire.

Wenn wir den aussergerichtlichen Eid von vornherein bei Seite lassen, so können wir nur noch die Frage zu entscheiden haben, handelt es sich um einen vor dem Prätor oder dem Judex geleisteten Eid? Die Worte der Stelle, welche von einer pars edicti reden, verbieten geradeswegs die Beziehung unserer Quelle auf einen vor dem Judex geleisteten Eid; nur auf das in iure iuratum lässt sie sich deuten. Der Fall ist nunmehr folgender.

Der Kläger tritt mit einem Anspruch auf, dessen Ableugnen, der Prätor mit der poena dupli belegt. Der

Beklagte gesteht nicht, er leugnet auch nicht, sondern er deferirt dem Kläger den Eid; es fragt sich, welche Wirkung hat das? Man könnte sagen: der Kläger hat nicht nöthig, sich auf solche Belästigung einzulassen; stehen ihm vielleicht Zeugen in Genüge zu Gebote, so gewinnt die Eidesdelation vom Beklagten den Charakter blosser Chikane, welche auf sich zu nehmen Kläger nicht gehalten ist. Er kann vielmehr sich weigern die Eidesdelation wirksam zu machen, indem er einfaches Geständniss des Beklagten fordert, oder aber sich das duplum dadurch verschafft, dass er ungeachtet des Beklagten Eidesdelation zur gewöhnlichen Beweisführung vorschreitet. So gefasst enthielte also die Stelle eine Ausnahme von der lex „manifestae turpitudinis et confessionis est". Dass unsere lex 30 damit nicht in Widerspruch stände, ist klar, denn dieselbe spricht überhaupt nur von den Wirkungen des geleisteten Eides; sie lässt mithin für den Fall des recusirten jede Erklärung offen, und man könnte wiederum in den Worten „cum omissa hac parte Edicti dupli actio integra maneat" eine Stütze dieser Erklärung finden wollen. Allein die Ausdrucksweise der Stelle ist offenbar in dieser Richtung viel zu unsicher und unklar, als dass wir befugt wären, aus eben diesen Worten eine Modification des im übrigen durchstehenden Grundgedankens zu entnehmen. Ein neuer, nur hier ausgesprochener Rechtssatz kann in den eben citirten Worten nicht liegen, namentlich nicht, wenn derselbe von so grosser Bedeutung ist.

Ich sehe vielmehr keinen Grund, von den Regelbestimmungen abzuweichen. Die Eidesdelation hat mithin die Wirkung, dass Kläger entweder schwören oder referiren muss; im vorgelegten Fall schwört er; es fragt sich, welches ist das Eidesthema?

Hätte Kläger eine bestimmte Summe beschworen

etwa: ihm komme aus einem Judicat oder aus einer aquilischen Handlung 5 zu, so erscheint mir unzweifelhaft, dass nur diese 5 von dem Beklagten gefordert werden können; ich wüsste keinerlei Anhalt für die entgegenstehende Ansicht, dass Kläger trotzdem den ursprünglich vielleicht 10 betragenden Entschädigungsanspruch nun noch sollte erheben dürfen. Hierin liegt, soweit ich sehe, der bereits erwähnte Widerspruch Rudorff's; denn im concreten Falle müsste er an Stelle des aliquid doch quinque setzen, da er davon spricht, dass durch den Eid der beschworene Theil der Forderung in Sicherheit gebracht werden solle. Setzt er aber quinque und lässt also den Kläger beschwören, „ex lege Aquilia quinque sibi deberi", so kann er meines Erachtens ein Rückgreifen zum ursprünglichen Verhältniss nicht gestatten, weil er selbst sagt, dass nur dasjenige Leugnen als Infitiation gelte, welches eine wirkliche Beweisführung des Klägers nach sich ziehe. Hier hat offenbar der Beklagte in Bezug auf den Anspruch keine solche Ableugnung vorgenommen. Wie die Sache liege, wenn zwischen beiden Parteien ausdrücklich abgemacht würde, dass das Beschworene nur einen Theil des Anspruches bilden solle, das können wir hier ausser Ansatz lassen; für unsere Frage genügt das Resultat, dass in dem „aliquid sibi deberi" nicht eine so construirte Eidesformel zu finden ist.

Der Kläger schwört also „aliquid sibi deberi". Ich glaube in dem „aliquid" liegt der ganze Werth der Stelle; nicht einen im concreten Falle unter Zahlenausdruck erscheinenden Theil des ganzen Anspruchs haben wir uns unter diesem aliquid zu denken, sondern das Eidesthema selbst lautet unmittelbar „aliquid sibi deberi". Regelmässig soll allerdings Inhalt und Existenz eines Anspruches gleichzeitig verhandelt und festgestellt werden, allein

Gründe rechtfertigen eine Ausnahme, welche namentlich bei der lex Aquilia nahe liegen, wenn es zur Zeit unmöglich ist, die Höhe des erlittenen Schadens genau zu erkennen. Solchen Fall haben wir nach meiner Ansicht hier. Der Kläger schwört nur, dass sein Anspruch existire. Dadurch wird die nachträgliche Ermittelung des Inhalts in einem iudicium aestimatorium nothwendig, und für dieses nachfolgende Verfahren erhebt sich nun offenbar die Frage: enthält die Eidesdelation ein Ableugnen, ist sie mit der poena dupli verbunden oder nicht.

Nach heutiger Auffassung des Eides und der Pflicht zu solchem würde man gewiss eine Infitiation darin erblicken; denn der Eid ist eine dem Gegner zugeschobene Last. Aber, wie mehrfach hervorgehoben ist, die römische Auffassung steht dem durchaus entgegen. Nach ihr ist die Leistung des Eides blos eine meliorirende Handlung, die Delation ein Act des Vertrauens; man wäre inconsequent, wollte man dieselbe als Infitiation auffassen und den deferirenden Beklagten mit der poena dupli belegen. Die nachfolgende Schätzungsinstanz kann daher auch nur sich um das simplum drehen. Soweit die Entscheidung des Juristen; sie hat für uns den Hauptwerth, denn die Begründung richtiger Entscheidung geschieht ja nicht selten durch etwas weithergeholte, gepresste Argumente.

Pedius begründet seinen Ausspruch durch die Befreiung von der Beweislast, welche die Eidesleistung dem Kläger gewähre. Er hält diesen Vortheil für genügend, er argumentirt also de aequitate, von dem Gedanken aus, welchen Werth eine Eidesdelation habe, gemessen nach dem Begriff Ableugnung. In weiterer Erklärung dieser seiner Begründung (auf die Entscheidung selbst diese Worte zu beziehen, erscheint mir völlig unzulässig) fährt er dann fort: „cum omissa hac parte

Edicti dupli actio integra maneat", d. h. wenn es nicht zur Eidesdelation gekommen, also Kläger nicht von der Beweislast befreit wäre, dann — würde ihm die dupli actio verblieben sein. Die pars edicti bezieht sich also keineswegs auf eine nachträgliche Ausserachtlassung des geleisteten Eides; vielmehr erklärt der Jurist ausdrücklich, dass durch den Eid, nach dem geleisteten Eide ein Anspruch nur auf das simplum bestehe, leugnet also damit die Möglichkeit, ein duplum zu fordern. Man kann, sagt Paullus, den Gedanken auch so formuliren: in dem iudicium, welches dem geschwornen Eide folgt, kommt es nicht mehr auf den ursprünglichen Schuldgrund an, sondern bloss der Eid wird aufrecht erhalten. Aber man kann nicht nur, man muss den Gedanken so formuliren, denn durch den Eid ist die principalis causa novirt und es ist daher juristisch unmöglich, auf sie zurück zu gehen, wenn man zur Ermittelung der Höhe des Anspruchs schreitet. Dass man bei der Redaction diese Stelle aufnahm, zeigt uns die bereits früher hervorgehobene Verschmelzung von ius und iudicium. Auch jetzt noch sah man in der Eidesdelation kein Leugnen. Ich halte die ganze Frage für das heutige Recht für unpraktisch, weil ich die Litiscrescenz für ein obsoletes Institut ansehe; wer anderer Ansicht ist, muss, scheint mir, heut zu Tage freilich ein Wahlrecht gestatten zwischen Eid mit simplum und Beweis mit duplum; aber dieses Wahlrecht würde seinen Grund in der jetzt veränderten Natur des Eides finden; für das römische Recht, in welchem die Leistung des Schwurs eine Begünstigung ist, für dieses bleibt die Regel: dass es eine contumacia sei, weder selbst schwören zu wollen noch des Gegners Eid entscheiden zu lassen, und mit dieser Regel stehen unsere Stellen im völligen Einklang.

Endlich müssen wir noch eine Stelle des Quinctilian

in den Kreis unserer Prüfung ziehen. Im cap. 6 des fünften Buches seiner Instit. orator. sagt er:

„At is qui defert agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum, cuius cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari quam suo malit. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit notam ipsi non esse. Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in caussa in qua vincere non possit, quaeri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle quae affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an peierarit."

Die Stelle hat seit langer Zeit den Interpreten in Bezug auf unsere Frage zu schaffen gemacht*), und bis auf die jüngste Zeit umgehen es die Schriftsteller soweit

*) Duaren, ad h. t. cap. 4, citirt sie, aber nur für Recusation wegen Ignoranz. Setser, tract. de iuramentis, Magdeburg 1608, lib. IV, cap. 3, No. 12, lässt keine Recusation zu: Delat erkläre, er wünsche nicht in Verdacht des Meineides zu kommen, obgleich er es wisse, „quae ratio etsi probabilis visa Fab. Quinct., V, cap. 6, tamen alterius ratio multo iustior est, quod quamvis lis possit ad extremum duci legitimis probationibus, tamen sibi utilius sit iureiurando litem definiri." Rauchbar, quaestiones, III, No. 21: „Nam aequitas postulat, ut mos ei geratur, qui onus probationis in se suscipere mavult, quam cuique dubium relinquere, utrum peieravit, Quinct. d. cap. 6, lib. 5." Beide stehen aber neben Duaren unselbständig dar. Malblanc, de iureiur., Tub. 1820, §. 59, stützt auf sie die Gewissensvertretung für das römische Recht. Vgl. Gönner, Handbuch, II, 48. Koch, diss. de prob. pro exon. consc., Giss. 1783. Glück, XII, S. 327. Linde, Abh. I, S. 78 u. fg. Reinhardt, Handbuch des Processes, Stuttg. 1824, II, §. 253, not. 1. Goldschmidt, Abhandlungen, S. 74, No. 1. Lüder, de orig. et fund. prob. pro exon. consc., Gött. 1827, S. 44 u. fg. Zimmern, Rechtsgesch., III, S. 386 u. 409, leitet die Zulässigkeit der Gewissensvertretung in iudicio daraus ab.

möglich, eine bestimmte Erklärung über den Werth abzugeben, welchen in ihren Augen dieser Ausspruch habe*); indem sie bald die Möglichkeit annehmen, dass die Gewissensvertretung den Römern bekannt gewesen sei, bald die Stelle vom iuramentum in iudicio delatum verstehen**), oder gar wie Martin, Vorl., II, 280, not. 28, einen indirecten Gegenbeweis aus der Stelle herausverstehen.

Es ist wunderbar, dass neben einer so scharf abgezirkelten Quellendoctrin die Aeusserung eines Rhetors im Stande ist, so verschiedene Ansichten hervorzurufen. Quinctilians Zweck ist, die Mittel anzugeben, welche den zugeschobenen Eid beseitigen können; er selbst ist, wie der Schluss der Stelle ergiebt, Anhänger der Meinung, welche Eide möglichst zu meiden sucht. — Nun erklärt er in den abgedruckten Worten es gleich anfangs für eine schwierige Aufgabe, sich dem vom Gegner deferirten Eide zu entziehen, wenn nicht die Unkunde der zu beschwörenden Thatsache vorgeschützt werden könne. Sonst bleibe nichts als die Ausrede, dass der Gegner chikanös handle — man könnte ja auch hieraus folgern, dass es in der „Praxis" des römischen Rechts keinen Calumnieneid gegeben habe, — und dass, statt den Eid anzunehmen, wie ein übeldenkender Mensch sofort thun würde, — es

---

*) Linde, Lehrbuch, §. 308, not. 1: „Diese Beweisführung scheint schon den Römern bekannt gewesen zu sein." Bayer, §. 268 (p. 896): „Indessen scheint dasselbe doch nach Quinct. inst. or., V, 6, der Praxis nicht ganz fremd gewesen zu sein." Selbst Wetzell, p. 177, not. 35 if.: „Wäre übrigens die Aeusserung von Quinct. inst. or., V, 6, mehr als ein allgemeines Raisonnement, so würde dieses Institut in das römische Recht zurück zu versetzen sein, was bei der Anwendung des Eides in iudicio nichts Auffallendes hätte." Kurz, Rt. d. G.-V., Aschaffenb. 1843, S. 31.

**) obgleich Quinctilian offenbar von dem Zwange zur Erklärung ausgeht.

„scheint“ also nach Quinctilian keine Relation gegeben zu haben, — dass man statt dessen es vorziehe, den Beweis zu führen und dadurch jedem Zweifel an der Richtigkeit des Eides zu entgehen.

Quinctilian selbst legt dieser Ausrede wenig Werth bei; er selbst erklärt, dass Deferent ein Zeichen seiner Bescheidenheit und Aufrichtigkeit gegeben habe durch die Delation. Schon dadurch gewinnen seine Worte meines Erachtens den Charakter eines „allgemeinen Raisonnements“, wie sie Savigny, VII, p. 88, not. e, bezeichnet. Ich kann in dem ganzen Nichts weiter finden, als das Bestreben, den Magistratus von der Anwendung jenes Zwanges abzuhalten durch die Erklärung, dass sich die einschlagenden Thatsachen auf andere Weise würden darthun lassen. Um aber einen Wechsel der Beweislast anzudeuten, sind einmal die Worte se malle probare quae affirmet völlig untauglich, und selbst wenn Quinctilian diesen Wechsel mit klaren Worten ausgesprochen hätte, würde ich der Ansicht sein, dass die geschlossene römische Doctrin durch solches Zeugniss nicht wankend gemacht werde.

Und diese Doctrin geht entschieden darauf hinaus, bis auf die letzten Zeiten denjenigen als begünstigt anzusehen, welcher zum Eide kommt. Der Eid mag nach der individuellen Ansicht Einzelner, wie auch Quinctilians, eine Last gewesen sein; nach der Rechtsauffassung enthielt er entschieden ein Recht, so dass das Recht keinerlei Veranlassung hatte, so singulär construirte Recusationsgründe zu schaffen. Wohl gab es Fälle, in denen obrigkeitliche Mitwirkung etwaigen Gewissenszwang zu beseitigen suchte, oder in denen eine Deliberationsfrist gegeben, das Relationsrecht genommen wurde u. s. w.; aber nirgend tritt uns die Bestimmung entgegen, dass für die Erklärung auf den deferirten Eid ein Recusations-

grund in dem Anbieten der Beweisführung gegeben sei. Enthielt die Eidesleistung einen Druck, so wurde sie beseitigt durch Beseitigung der Delation oder Relation; jenes Erbieten zur freiwilligen Uebernahme der Beweislast liegt ausserhalb der Consequenz der römischrechtlichen Auffassung. „Nolentem iurare reum si solvat absolvit, non solventem condemnat.“*) Und wir scheiden demnach von dem römischen Rechte mit demselben Grundsatz, welcher uns in dasselbe einführte:

„Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre.“**)

*) L. 34 u. t. Savigny's am ang. O. aufgestellter Grund: dem römischen Recht sei die Gewissensvertretung unbekannt, weil der Eid nur als Vergleich über das Rechtsverhältniss, nicht als Beweismittel zur Anwendung gekommen, — steht mit den klarsten Quellenaussprüchen im Widerstreit. Vgl. Wolffson im Archiv f. d. civil. Praxis, 25, S. 360. Schmid, Civilproc., II, §. 167. Heimbach, Abhandlungen, II, S. 207. Gesterding, Ausb., VI, 1, S. 124. — Strippelmann, der Gerichtseid, II, Kassel 1856, S. 305, not. 30, lässt die Frage offen.

**) Muther umgeht die Prüfung des römischen Rechts, S. 89, in folgender Weise: „Dass die Gewissensvertretung dem Römischen Recht entstamme, ist eben so oft behaubtet als geleugnet worden. Man berief sich auf eine Reihe von Stellen der Justinianischen Rechtsbücher, aus denen man sie herausinterpretiren wollte. Allein seit geraumer Zeit scheint man eingesehen zu haben, wie darin nichts von dem zu finden, was man suchte, und nachdem schon 1753 Joh. Gottfr. Bauer [der freilich grade für die römischrechtliche Existenz des Instituts ist], in neuerer Zeit Georg Gustav Lüder die traditionellen Citate einer eingehenden Untersuchung gewürdigt haben, möchte wol Niemand, nochmals auf sie zurückzukommen, Lust haben.

„Freilich ist damit die Ansicht, dass die Gewissensvertretung dem Römischen Recht angehöre, noch nicht widerlegt. Seit Malblanc an einer — übrigens schon von Duarenus für unbeweisend erkannten, in Deutschland zuerst von Rauchbar (Teuber?) benutzten — Stelle aus Quintilian „einen Fund getan zu haben“ vermeinte, glaubten gar Manche das Vorhandensein der Gewissensvertretung im Römischen Recht mit Händen greifen zu können. Aber die Meisten, und dar-

Zweiter Abschnitt.

Das romanische Recht.

Das kanonische Recht hat diese römische Auffassung ebenfalls anerkannt; auch hier sprechen die Gesetze unumwunden aus, dass die Eidesdelation den Gegner zwinge zu der angegebenen Erklärung, auch hier tritt uns die poena confessi als das Präjudiz der Eidesweigerung entgegen. Nichts desto weniger ist es namentlich den Glossatoren nicht gelungen, in den eigentlichen Mittelpunkt der römischen Doctrin vorzudringen; die verschiedenen Eide mit ihren weit auseinander gehenden Consequenzen mussten dem Verständniss um so grössere Schwierigkeiten bieten, als die Stellung des Prätors in

---

unter gründliche Kenner des Römischen Rechts, z. B. Glück, Lüders, Gesterding, v. Savigny, Wetzell, C. W. E. Heimbach, verwerfen das Zeugniss des Quintilian als blosses rhetorisches Raisonnement, und die herrschende Meinung möchte dahin gehen, dass die Gewissensvertretung im Römischen Recht nicht begründet sei.

„Ich halte den ganzen Streit für müssig. Sollte auch bei den Römern etwas der Gewissensvertretung änlich Sehendes vorgekommen sein — was bei der freien Stellung, die sowol der Prätor als der iudex dem Beweissystem gegenüber einnahmen, nicht undenkbar wäre —, so hat doch auf die Ausbildung des Instituts in Deutschland das Römische Recht keinen directen Einfluss ausgeübt, da es eben an jeder sichern Quelle von jeher gefehlt hat." —

Ueber solche Methode zu urtheilen halte ich für unnöthig.

jener Zeit völlig im Unklaren lag, wie sie denn ja heutigen Tags noch nicht klar vor uns liegt. — Die nähere Untersuchung der verschiedenen Ansichten, — welche Untersuchung uns hier nur den Boden unserer Frage zeigen soll, — wird uns häufig auf das römische Recht zurückführen, und es wird sich dann der Werth jener weiteren Ausführung zeigen.

Wir gewahren vor Allem zwei Gruppen, welche verschiedener Ansicht sind; die Eine will den Schiedseid willkürlich recusiren lassen, so dass seine Delation und Leistung einen völlig freien Vertragscharakter annimmt; die Andere fordert bestimmte Gründe; wir wollen beide näher beleuchten.

§. 3.

Die Anhänger der ersten Ansicht, welche eine freie Vereinbarung für die eidliche Erledigung forderte, dem Delaten mithin unbeschränktes Recusationsrecht einräumte, gehen unter sich wiederum auseinander.

1) Einige glaubten die lex manifestae turpitudinis u. s. w. abgeändert zu sehen durch die l. 12 C. u. T.*)

Die Dürftigkeit dieser Auffassung wird uns sofort klar, wenn wir die l. 12 C. näher betrachten. Die hier einschlagenden Worte lauten im §. 2: „Sin autem is, cui sacramentum est illatum vel a parte vel a iudice, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare", — der Richter soll alsdann den Streit beendigen, als ob volente eo der Eid recusirt sei, wenn

*) Pillius, ordo iud. — de probation., §. 6 (Bgm. 59): „Sed hodie per Justinianum recusari permittitur l. 12 C.". — Johann. Petrus de Ferrariis, practica, Nürnberg 1428, fol. 63b. — Francisc. de Zabarellis, in Decretal., Venet. 1502, ad cap. ult. X. de iureiur.

anders er die Eidesleistung für nöthig hält, d. h. den vorgeschützten Recusationsgrund nicht als triftig anerkennt.*)

Schon auf den ersten Blick befremdet es, dass nur für den Schiedseid Folgerungen aus dieser Stelle gezogen werden, während doch Schieds- und Notheid ausdrücklich in ihr zusammen behandelt sind. Wir werden auf diese Erscheinung, deren Auffälligkeit durch ihr öfteres Vorkommen gesteigert wird, später näher einzugehen haben. — Verbietet nun schon der Ausdruck: der Richter solle den Streit entscheiden, als ob in blanker Willkür — volente eo**) — der Eid verweigert sei, — verbietet schon dieser Ausdruck die beregte Auffassung, so stellen die weiteren Bestimmungen des Gesetzes ihre Unzulässigkeit ins klarste Licht. Es ist nämlich im ferneren Verlauf gesagt, dass der Oberrichter über die Triftigkeit der Recusationsgründe zu entscheiden habe, und zum Ueberfluss erklärt die Lex am Ende, dass sie Nichts am hergebrachten Rechte ändern wolle. Es ist nun freilich auf diese letzte Erklärung kein grosser Werth zu legen, denn wie ist die Gränze zwischen „Aendern" und „Ergänzen" zu finden, und „ergänzen" will das Gesetz***), —

*) „si hoc omnimodo praestandum existimaverit"; ich glaube nicht, hieraus das Recht für den Richter ableiten zu dürfen: die approbirte Eidesdelation zurückzunehmen, wenn ihm andere Wege und Mittel vorhanden zu sein scheinen. Donell. lib. 24, c. 20, §. 4, sagt: „i. e. si existimaverit iusiurandum iure non recusari."

**) Azo in Codicem, IV, 1, No. 6, interpretirt höchst gezwungen (sententia): „quae processit quasi ex recusato id est quasi iste detulisset alteri sacramentum et ille isto volente recusasset i. e. iste remisisset sacramentum." Muther, S. 5, not. 1, conjicirt: quasi iniuste ab eo, wie mir scheint ohne jeden Grund. Ebenso wenig ist mir verständlich, weshalb Muther iste detulisset für sinnlos erklärt. S. 9, not. 1.

***) daher sagt auch die Glosse am ang. O.: „ubi dicit, quod nihil corrigitur de legibus antiquis, quia hic casus excipitur de recusationibus."

allein die andern Gründe zeigen zur Genüge, dass man die Worte aus ihrem Zusammenhang reissen musste, um ihnen einen Sinn unterzuschieben, welcher dem römischen Recht völlig fremd ist.*)

2) Andere gingen sogar bis zur lex manifestae zurück; auch diese solle nicht den Sinn haben, dass jede Eidesdelation mit prätorisehem Zwang bekleidet gewesen, sondern erst die Einwilligung (acceptare, suscipere) habe die Verpflichtung zu schwören oder zu referiren geschaffen, sich zu erklären sei man nicht gehalten gewesen. So gewannen sie die Uebereinstimmnng von l. 38 D. mit l. 12 C. u. T., indem sie auch in letzterer die Bestimmung crblickten, den nicht susceptirten Eid beliebig verweigern zu dürfen.**)

3) Noch Andere endlich fanden die grundlose Recusationsbefugniss gesetzlich anerkannt in dem caput ult. X u. T. II, 24. — Wir müssen auf diese Stelle näher eingehen, weil sie der Herd weitschichtiger und sehr wirksamer Controversen geworden ist. Sie lautet:

Gregorius IX. H. iudici.

„Juramentum a te parti delatum nisi iusta de causa non potuit recusari. Quamvis quod in iudicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri. Nec liceat convento famosa actione referre huiusmodi iusiurandum. Sane si actor omnino in

*) So auch schon Petr. Barbosa, tractat. pract. de probat. per iuram, Lugd. 1662, S. 252, No. 37.

**) Casus ad h. l. (Vivianus in Corpus iur. civ. gloss. Parisiis apud Sebastian. Nivellinum, 1576): „Placuit litigantibus ut lis sacramento decideretur unius puta Titii, deinde ei fuit delatum sacramentum et ab eo susceptum, dicit se nolle iurare, dicit iudex referas ergo adversario, non vult. Dicit, quod ista est manifesta turpitudo." Goffred. de Trano, am ang. O. Petrus de Ferrariis, am ang. O. Barbosa, praetermissa ad collectanea Dd., Lugd. 1669, ad cap. ult. X u. T. Anton Grana-Nieto, catena iurium, Lugd. 1678, ad cap. ult. X cit. No. 11.

probatione defecerit reus debet (etsi nihil praestiterit) obtinere. Praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum, nisi iudex (inspectis personarum et causae circumstantiis) illud actori videat deferendum."

Der Casus der Decretale ist meines Erachtens folgender:

Der Richter hat dem Beklagten einen Eid auferlegt, ohne dass der Kläger bewiesen hätte; Beklagter verweigert die Eidesleistung, weil er absolvirt werde ohne sein Zuthun, wenn Kläger nicht beweise. Der Richter wendet sich an den Papst, dieser resolvirt: Allerdings hat der Beklagte regelmässig ein Recht auf Freisprechung, wenn der Kläger nichts beweist; er ist deshalb auch regelmässig nicht verpflichtet, sich loszuschwören; wenn aber eine Präsumtion für den Kläger spricht, dann kannst du mit Recht von dem Beklagten fordern, dass er seine Unschuld eidlich bekräftige, wenn du es nicht vorziehst, den Umständen folgend, dem Kläger den Eid aufzulegen. Der Beklagte kann in solchem Falle den von dir auferlegten Eid nicht recusiren, wenn nicht besondere Gründe vorliegen; anders wäre es beim Schiedseid, den könnte er von sich ab- und dem Gegner zuweisen.

So wenig wir also in Bezug des Schiedseides eine Differenz dieses Gesetzes mit dem römischen Recht finden, dessen Grundsätze völlig in ihm ratihabirt sind, so klar ist es auf der andern Seite, dass ein Verständniss der Decretale mit bloss römischen Grundsätzen unmöglich ist, deshalb, weil sie ein dem römischen Recht unbekanntes plus heranbringt.

Allerdings konnte schon nach römischem Recht der Richter den Streit dadurch beendigen, dass er inopia probationum commotus dem einen Theil einen Eid auf-

erlegte. Man griff offenbar zu diesem Mittel in Analogie der Eidesdelation von den Parteien selbst, obgleich ein solcher Notheid nach römischen Begriffen nie die gleiche Wirkung wie der Schiedseid haben konnte, weil ihm der Consens der Parteien fehlte. Gehen wir nun aber aus von der römischen materiellen Beweistheorie, so erscheint es als deren Consequenz, dass nur den Beweisführer solcher Eid treffen konnte. Die Bedingung seines Sieges war die Beweisführung; fehlte an der richterlichen Ueberzeugung ein unbestimmbares Minimum, so konnte die vorhandene, gleich unbestimmbare Quote dem Probanten nichts nützen; viel weniger konnte sie den Probaten verpflichten, zur Lossprechung einen Eid zu leisten; das Resultat musste vielmehr Verwerfung des nicht bewiesenen Anspruches sein. Allein dieses Resultat konnte unverkennbar eine Härte enthalten; nicht wo hohe Wahrscheinlichkeit für den Probanten sprach, diese zu berücksichtigen wäre Inconsequenz gewesen, aber wohl wo die von beiden Seiten beigebrachten Beweisgründe in solcher Collision standen, dass es dem Richter unmöglich erschien, durchzufinden. Vergegenwärtigen wir uns, dass keine eigne Beweisinstanz existirte, dass nicht wie in späterer Zeit der römische Richter an dem Gängelbande der Beweisregeln ging, dass mithin für ihn eine Trennung von Haupt- und directem Gegenbeweis nicht bloss logisch, sondern auch factisch unmöglich war, so wird uns die Bedenklichkeit der Situation klar, in welcher der Richter schwebte, wenn z. B. eine gleiche Zahl glaubwürdiger Zeugen dafür und dawider aussagte. In solchen Fällen, in denen es an klaren Beweisgründen fehlte*), gestattete

*) So verstehe ich die causae dubiae in l. 31 D. u. T., und die inopia probationum in l. 3 C. u. T. Bekanntlich hat man unter lebhaftem Widerspruch häufig dies inopia durch copia gegeben: ich halte den Gedanken für eben so richtig, wie der Ausdruck paradox ist.

man dem Richter, statt ein non liquet auszusprechen, zum letzten Aushülfsmittel zu greifen und einer der Parteien den Eid zu deferiren. Allerdings konnte nun diese Eidespflicht — denn eine solche war es, gegenüber dem Haupteid, weil hier Gegenbeweis gestattet war — so gut den einen wie den andern Theil treffen, aber selbst wenn wir den Fall betrachten, dass der Gegenbeweisführer den Eid erhielt, so erhielt er denselben in seiner Qualität als Beweisführer, d. h. hatte er etwa gar keine Gründe des Gegentheils beigebracht, dann konnte es zu solchem Eide schlechterdings nicht kommen; es stand dann vielmehr unerschütterlich fest: actore non probante reus absolvitur, etsi nihil ipse praestiterit.

Das wollte ich damit sagen, wenn ich behauptete, nur der Beweisführer könne zu solchem Eide kommen; modern gesprochen wüsste ich mich nicht verständlich zu machen; denn die Bezeichnung des suppletorium würde ja nur den Hauptbeweisführer umfassen. Negativ gefasst: das römische Recht kannte kein purgatorium; kam der Probat zum Eide, so war solcher Eid ein suppletorium. Von einer Entkräftung theilweisen Beweises, oder gar vom Losschwören von den Wirkungen einer Präsumtion ist im römischen Recht keine Spur; es würde die schreiendste Inconsequenz sein, so lange man auf dem Boden materieller Beweistheorie steht.

Und doch hat das cap. ult. cit. mit dürren Worten die Verpflichtung des Beklagten aufgestellt, von der für den Kläger streitenden Präsumtion sich loszuschwören. Diese Neuerung lässt sich nur dadurch erklären, dass das kanonische Recht den altgermanischen Unschuldseid aufnahm. Derselbe wurde dann Streitpunkt der beiden Theorien, der formellen des deutschen, der materiellen des römischen Rechts, die in diesem Institut ihre erste Berührung fanden, und in diesem Kampf wurde der alte

Unschuldseid bis zu dem entstellt, als was wir ihn hier finden: zu einem Mittel, den Verdacht zu entkräften, welchen ein theilweiser Beweis oder ein Etwas hervorrief, das man mit dem Namen einer Präsumtion bezeichnete und welches in seiner Ungreifbarkeit dem casuistischen Treiben jener Zeit am besten entsprach.

So haben wir allerdings einen Schlüssel zum Verständniss jener Decretale, welcher aber jenen Zeiten nicht zur Hand war; man versuchte vielmehr je nach dem subjectiven Standpunkt die Interpretation dieser Stelle durch römisches Recht oder des römischen Rechts durch diese Stelle, und so entstanden die zahlreichen Controversen, zu deren Darstellung ich nunmehr übergehe.

Wir sahen oben schon, dass von Einigen die Ansicht aufgestellt war, das neuere römische Recht kenne überall keinen Zwang zur Erklärung auf den Schiedseid. Auf alle Fälle, fuhr man fort, hat das cap. ult. X cit. die freie Recusation sanctionirt. — Im Einzelnen war man freilich wiederum verschiedener Meinung; entweder man wollte die Recusationsbefugniss bis zur Erklärung auf den Eid einräumen*), oder man hielt die richterliche Approbation für massgebend und trat damit äusserlich betrachtet wieder auf den Standpunkt des römischen Rechts, von dem man nur wieder abwich, indem man die Approbation des Richters an gewisse Voraussetzungen knüpfte.**)

---

*) Hostiensis lectura in Decretal. v. t. ad cap. ult. X, v. „recusari". Goffredus de Trano, am ang. O. No. 4. Petrus de Ferrariis, practica cit., fol. 63[b]. Nicasius de Voerda, super Institution., Lips. 1541, ad T. IV, 6, §. 11, fol. 215. Barbosa, praetermissa cit. ad cap. ult. X cit.

**) Hostiensis, am ang. O. v. „recusari" sagt: „etiam sine causa indifferenter, antequam sit susceptum vel per iudicem approbatum". Marianus Socinus, consilia, Venet. 1571, II consil., 184, betont sehr, dass der Richter die Billigung verweigere. Vgl. auch Baldus, comment. in Decretal., Venet. 1595, ad cap. ult. X cit. No. 4. Petrus Barbosa, tractatus practic. cit. No. 37 u. fg.

4) Weit wichtiger, als diese Ansichten, deren Vitalität nicht gross gewesen zu sein scheint, war diejenige, welche an den Schlusssatz der Decretale anknüpfend die Rechtsparömie actore non probante reus absolvitur für sich anzog.

Man argumentirte so: Es ist unzweifelhaft, dass der Beklagte in Passivität das Gelingen des klägerischen Beweises abwarten kann; für seine Freisprechung von der Klage braucht er von vornherein nichts zu thun, seine Thätigkeit steht in eventueller Linie. Also braucht er keinen Eid zu leisten, um losgesprochen zu werden. Dieser Satz stehe mit lex manifestae in offenbarem Widerspruch, wenn nicht man ihn als beschränkend auffasse, so dass actore non probante Beklagter auch die Erklärung auf den Eid verweigern dürfe. Um so wichtiger wurde die Frage: wann kann man von einem actor non probans reden?

Bartolus, welcher für diese Frage eine ausserordentliche Autorität geworden, erörtert sie in seinem Commentar ad l. admonendi (31) D. h. t. (opera omn., Basil. 1589, fol. 31^b u. fg.); Kläger habe dann nichts bewiesen, wenn entweder seine Beweisfrist oder die sei es gesetzlich sei es durch Vereinbarung zur Beendigung der ganzen Sache festgesetzte Zeit ohne gelieferten Beweis verstrichen sei. Bartolus selbst handelt freilich diesen Punkt nur als Vorfrage für die Lehre des Notheides ab*), aber es wiederholt sich hier die schon oben er-

*) So auch: Jo. Francisc. Purpuratus in T. D., XII, 2. Aug. Taurin. 1588. — Johann. Corasius, repetit. ad l. 31 cit. No. 91. Franc. Curtius, repetit. in eand. l. No. 76. Ludovicus Romanus, repetit. ad eand. l. No. 39. Cato Sachus, repetit. in eand. l. No. 28. Petrus de Ptolemeis, repetit. ad eand. l. No. 52. Jo. Baptista Caccialupus, repetit. ad eand. l. No. 42. (Sämmtlich in: Repetitionum s. commentator. in varia Ictorum responsa, Lugd. 1553, vol. II.)

wähnte Erscheinung; wir finden diese Ausführungen ohne Weiteres auf den Haupteid übertragen. *) Nun sagte man: Nach Ablauf dieser Zeit, sobald also feststeht, dass der Kläger nichts bewiesen hat, befindet sich Beklagter in der conditio obtinendi; er hat ein Recht darauf, ohne eignes Zuthun, also auch ohne Eid freigesprochen zu werden. Man berief sich zur mehreren Stütze auf das cap. 2, X. de probationibus 2, 19. Kläger, nach geführtem Beweis, brauche keinen Eid zu leisten, weil er hier bereits die Bedingung des Sieges erfüllt habe, das müsse in gleicher Weise für den Beklagten gelten, wenn derselbe ein freisprechendes Urtheil für sich in Anspruch nehmen könne, weil die Zeit bereits verstrichen, in welcher Kläger das Recht habe, seiner Beweispflicht zu genügen. Auf diesem Wege kam man dazu, gegen alle römischrechtliche Doctrin zur Eidesdelation eine Beweisquote oder an deren Stelle eine dem Beweisführer günstige Präsumtion zu fordern**), so dass im entgegengesetzten

*) Vgl. Lanfranc de Oriano, practica iudiciaria, Colon. 1572, ad l. 31 cit. No. 31.

**) Durandus, spec. iuris, Basil. 1574, lib. II, p. 2, No. 4. Anton de Butrio, in Decretal. Aug. Taurin. 1578, ad cap. ult. X. cit. No. 5. Johann de Platea, comment. super institut. ed. Johann. de Gradibus, Lugdun. 1507, ad §. 11, J. de actionib. No. 6, fol. 83 u. fg. Franciscus de Zabarellis, am ang. O. Panormitan, comment. ad Decretal., Venet. 1582, ad cap. 2, X. de probat. II, 19. Francisc. Curtius (in dem S. 31 citirten Sammelwerk) ad l. 31 D. u. T., No. 49. Marianus Socinus, am ang. O. Franc. Curtius iunior, comment. in Dig. vetus, Lugd. 1552, ad l. manifestae (38) D. u. T. Francisc. Niconitius, repetitio in cap. quoniam contra (11) de probat., II, 19, Patavii 1525, No. 158. Joh. Corasius (im cit. Sammelwerk), repetitio in l. 31 D. u. T., No. 12 u. fg., No. 62 u. fg. Damhouder, praxis rerum civil., Antverp. 1617, cap. 179, No. 4. Conrad Lancelott, de off. praetor., Colon. 1578, S. 271. Fulvius Pacianus, de probationib., Frcft. 1595, I, cap. 10. Wamesius, responsa., Antv. 1639, I, 68, No. 3, u. III, 19. No. 3.

Falle es dem Beklagten überlassen war, ob er von der klägerischen Offerte Gebrauch machen wollte oder nicht; denn man konnte sich nicht darin finden, dass der vom Gegner eröffnete Eid mit anderm Charakter dastehen solle wie der vom Richter auferlegte. *)

Dieser Meinung gegenüber standen die, welche die Eidesdelation unbeschränkt gestatteten, am römischen Recht festhaltend. **)

Eine dritte Ansicht vermittelte: entweder Kläger hatte noch gar keinen Beweis begonnen, dann durfte er ohne Weiteres zum Eide greifen; oder er hatte bereits die Beweisführung gewählt, dann war ihm der Eidesweg abgeschnitten, wenn nicht die Beweisführung ein minimum geliefert hatte. ***)

Neben diesen grossen Klassen kommen kleinere Abweichungen vor, welche ich nur im Vorübergehen erwähnen kann, weil sie keinen zahlreichen Anhang, folglich auch keinen grossen Einfluss erhalten haben, während

---

*) Vgl. Platea, am ang. O., „sed quoad recusationem non differunt". Auch Marianus Socinus am ang. O. sagt, wenn der vom Richter auferlegte Eid deshalb recusirt werden dürfe, wie viel mehr der vom Gegner beantragte.

**) Bartolus, ad l. manifestae (38). Baldus, comment., Venet. 1616, ad XII, 2, l. 38. Paulus Castrensis, in Dig. vetus., Lugd. 1563, ad l. 31 D., XII, 2, No. 32, fol. 219[b]. Masverus, Jct. Gall., practica forensis, Lugd. 1577, Tit. XX, No. 19. Lanfranc, am ang. O. Jason. Mayn. Mediol. comment. c. addit. Menochii, Venet. 1590, ad l. 31, No. 3, fol. 111[b]. Purpuratus, ad l. 38 cit., No. 44. Ludovicus Romanus, ad l. 31 cit., No. 123. Jo. Francisc. Ripa, comment. ad ius civ., Lugd. 1585, ad l. 31, No. 65, fol. 19[b]. Francisc. Duarenus, opera omn., Frcft. 1507, ad T. D., XII, 2, cap. 6. S. 207. Joh. Mascard, de probat., Frcft. 1703, vol. II, dec. 959, No. 6 u. fg. Anton Perez, in Cod., Amstelod. 1661, IV, 1, No. 20.

***) Lanfranc, am ang. O. Philipp. Decius, in Decretal., Lugd. 1576, ad c. 2, X. de prob., No. 23. Ripa, ad l. 31 D. u. T., No. 65. Petr. Barbosa, tractat. cit., No. 42.

sie uns doch zeigen, wie unsicher man auf dem ganzen Gebiet hin und her schwankte. So meint Barbosa an der eben angeführten Stelle*), der Kläger könne während der Beweisfrist auf seinen versuchten Beweis verzichten, denn erst nach Ablauf der Frist habe Beklagter ein Recht auf Freisprechung wegen misslungenen Klagbeweises; — so geben Bartholomaeus a Saliceto ad l. 11 Cod. u. T., No. 3, Vivius opin. 430 und Natta I. cons. 35, No. 3, dem Kläger von Anfang an die Befugniss der Delation, gestatten ihm aber nach gewähltem Beweis kein Zurückgehen zum Eide, während Cacheranus dec. 97 einmaliges ius variandi vom Eid zu Beweis, vom Beweis zum Eid annimmt; — so erklärt Cravetta V, cons. 867, und II, cons. 207, die Eidesdelation überhaupt für subsidiär und Boerius endlich dec. 95, No. 3, berichtet, dass in der Praxis beides vorkomme, der Regress und der Ausschluss des Eides nach missglückter Beweisführung.

Gegenüber dieser Erscheinung fehlt es nun zwar nicht an Männern, welche das cap. ult. X in seinem Schlussparagraphen richtig verstehen und dasselbe auf die Notheide beziehen**), oder mit klarem Blick festhalten, dass dem römischen Recht diese ganze Frage fern liege***),

*) Tractatus de iureiur., No. 45.

**) P. Castrensis, ad l. 31 D. u. T., No. 32. P. Barbosa, tractat., No. 37.

***) Vgl. namentlich Donellus, comment. de iur. civ. ed. Bucher, Norimb. 1830, lib. 24, cap. 20, §. 5 u. fg. „Non dicitur simpliciter licite recusari; sed coniunctim licite recusari ac referri", habe Gregor es anders gemeint, so sei das als missverstandene Interpretation von l. 12 C. u. T. völlig gleichgültig. — Gonzalez Tellez in Decretal., Lugd. 1673, ad cap. ult. X, sagt auch: „pars debet iurare aut referre, nec potest recusari, nisi referatur, unde coniunctive legenda sunt illa verba nostri Gregorii" etc. Dann aber: Donellus meine „nimis impudenter" Gregor habe sonst sich getäuscht, die Worte des heil. Vaters seien andernfalls auf die mannigfachen Recusationsgründe zu beziehen.

dass auch das cap. ult. cit. bei richtigem Verständniss keine andere als römischrechtliche Vorschriften enthalte; allein die Ansicht der Glosse, welche geradezu schreibt: „et recusare et referre“ fand mindestens, wie sich zeigte, so viele Genossen, dass wir es als controvers betrachten müssen, ob zu jener Zeit zur Eidesdelation ohne eine Beweisquote geschritten werden durfte.

§. 4.

Diese Auffassungen waren um so bedenklicher, als selbst die Legisten in erster Zeit nicht im Stande waren, eine befriedigende Vereinigung der l. 38 D. und l. 12 Cod. herzustellen. Odofredus (super dig. vet. comment., Paris. 1504) meint ad l. 38 ebenfalls, dass erst die lex 12 Cod. das harte Recht der lex manifestae geändert habe; Azo in seiner Summa (Basil. 1572, ad Cod. IV, 1, No. 5) lässt auch die Wahl, ob man jene Aenderung oder die andere Ansicht annehmen wolle, dass nämlich die lex manifestae erst bei vorhandenem Consens über die eidliche Erledigung in Wirksamkeit trete; und diese Alternative findet sich denn auch in der Glosse. Zur l. 38 cit. heisst es, v. „nolle“.

> „Item nota, quod haec lex loquitur, cum fuit susceptum iusiurandum, ut quia placuit utrique parti, ut res per iusiurandum decideretur. Alterutrum enim etiam hodie faciendum est, ut hinc et Cod. delata. — Porro si non fuerit susceptum, non est manifestae turpitudinis, cum possit recusari ut C. l. generaliter — et revocari ut l. si quis iusiurandum. Vel dic: olim erat turpe, quia cogebatur suscipere ut hic. Sed hodie corrigitur per d. l. generaliter.“ *)

*) Vgl. Glosse ad 12 C. cit. v. „Recusare“. Muther, S. 10, meint, man habe die Vereinigung deshalb nicht gefunden, „weil

Aber wenn man auch über die Verbindung der beiden Gesetze nicht im Klaren war, das wenigstens übersah man nicht, dass die l. 12 Cod. cit. eine Recusation nur aus Gründen gestatte.*) Als daher neue Kräfte der Frage zuströmten, hatten sie nur das Missverständniss zu beseitigen, als ob eine Differenz zwischen l. 38 D. u. l. 12 Cod. vorhanden sei.

Das geschah denn unter dem Vortritt von Bartolus und Baldus durch eine gewaltige Reihe von Juristen, welche lehrten, dass schon von der lex manifestae trotz ihrer kategorischen Fassung abgewichen, und dass daher nicht blos dem Justinianeischen, sondern überhaupt dem römischen Recht gemäss aus besonderen Gründen dem Delaten gestattet werden müsse, den ihm deferirten Eid zu recusiren. Statt nun aber über die Triftigkeit der Gründe das richterliche Ermessen entscheiden zu lassen, oder sich wenigstens auf allgemeine Andeutungen zu beschränken, suchte man sich in einer möglichst erschöpfenden Aufzählung aller einzelnen Fälle zu überbieten. Für uns ist hier nur die Frage von Wichtigkeit, ob in der

man das nolle iurare — — manifestae confessionis et turpitudinis est strengwörtlich nahm, und so die Appellation gegen das auf fingirtes Geständniss sich stützende Urtheil nicht zu begreifen vermochte. Solche Bedenken fallen hinweg, sobald man erwägt, dass die von Justinian zugelassene Appellation sich primär nur auf die Sentenz des Unterrichters über die Grundlosigkeit der Recusation bezieht.“ Ich sollte meinen, wenn man das gedacht hätte, würde man das gesagt haben. Zum Uebrigen ist die Muther'sche Erledigung dieser Bedenken mir unverständlich.

*) Muther, S. 8—13, nimmt ein freies Recusationsrecht als Ansicht Azos und der Glosse an. S. 9: „allein der Oberrichter wird dieselbe (Sentenz) bestätigen, wenn er erkennt, dass die Recusation des Eides durch den Delaten non iuste geschah. Hiedurch wird freilich die Willkür des Delaten in der Ablehnung des Eides wieder beschränkt“ u. s. w.

Reihe dieser Recusationsgründe sich das Erbieten zum Beweise findet.

Zum voraus will ich bemerken, dass es zu keinerlei Argumentation benutzt werden kann, wenn die in der vorigen Rubrik geprüften Juristen diese Frage gar nicht berühren. Denn wenn sie den Eid der absolut freien Parteiconvention anheim geben, so folgt selbstverständlich, dass man den Vertragsabschluss auch dann weigern kann, wenn man Beweis führen will. Und wenn Andere eine Beweisquote zur Voraussetzung der Eidesdelation erheben, so kann alsdann der Delat ebenfalls von vornherein verlangen, dass die Beweisinstanz eröffnet und erst aus dem Resultat der Beweisführung die Frage entschieden werde, ob überall die Eidesdelation hier zulässig sei. — Allein auch die Schriftsteller, welche an der römischrechtlichen Eidesdelation festhalten, leugnen in der weitaus grössern Mehrzahl (auf die andere Meinung werde ich später eingehen), dass das Erbieten zum Beweis von der Verpflichtung befreie, sich gemäss den römischrechtlichen Vorschriften auf den deferirten Eid zu erklären. Sie thun das entweder indirect, indem sie unter ihren Recusationsgründen wohl den geführten Beweis, nicht aber den zu führenden aufstellen*), sie thun es

*) Bartolus, ad l. 38 D. u. T., fol. 35 u. fg. Baldus, ad cap. 2, X. de probat., No. 7. Anton de Butrio, ad. cap. ult. X. u. T., No. 5. Lanfranc, ad l. 31 D. u. T., No. 32. Decius, ad cap. 2, X. de probat., No. 17. Paul. Castrensis, ad l. 38 D. u. T. (citirt blos Bartolus). Ebenso Petrus de Ferrariis, pract., fol. 63[b]. Alexand. Chassanaeus, paratitla in decretal. ed. Cramer, Marbg. 1735, ad Tit. X. de iureinr. Ripa ad l. 31 D. u. T., No. 67. Marc. Anton. Natta, consilia, Frcft. 1588, I. cons. 35, No. 3. Octavian. Cacheranus, decision. Senat. Pedemontan., Frcft. 1599, dec. 97, No. 11. Aymon Cravetta, consilia, Frcft. 1589, Tom. IV, pars 5, cons. 848, No. 1, u. cons. 867. Petrus Barbosa,

aber auch direct, indem sie ausdrücklich erklären, dass die Autorität der l. manifestae solchen Wunsch der Beweisführung überrage. So sagt Jason ad l. 38, No. 3:

> „Concludo ergo et est magna extensio ad hanc legem, quod procedat etiam si ille, cui defertur iuramentum, dicat se velle probare per testes vel instrumenta."

So Nicolaus Boerius (Decisiones Suprem. Senat. Burdegalens, Frcft. 1665, dec. 95, No. 1) auf diese Aeusserung des Jason sich stützend:

> „Reus vel actor tenetur iurare vel referre, quando ab initio unus alteri detulit iuramentum, quamvis is cui defertur velit suam probare intentionem." (Erk. v. 17. Juli 1522.)

Ferner Paulus Christineus, practic. quaest. decision., Antv. 1671, lib. IX, tit. VI, No. 4, dasselbe Erkenntniss mittheilend:

> „Decima septima die Julii 1522 arresto Burdegalensi iudicatum fuit, actorem vel reum si a parte sua ei iuramentum deferatur, super intentione sua aut defensione seu exceptione iurare teneri, nec id impedire potest, si dicet se per testes probationem suam facturum . ."

So erklärt Masverus in seiner practica forensis, Lugd. 1577, Tit. XX, No. 19, dass in der Praxis trotz aller Bedenken lex manifestae befolgt werde und Mascard, II, 959, No. 5, schreibt:

> „Amplia modo dispositionem d. l. manifestae pro-

---

tract. cit. No. 47 u. fg. Donellus, comment. lib., 24, cap. 21, §. 19. Barbosa ad. cap. 2 X. de probat. So summirt auch Alexander die l. 38 D. u. T. „Is cui iuramentam delatum est, iurare vel referre tenetur, alias pro confesso habetur."

cedere etiam si is cui defertur vellet probare adducta per testes vel instrumenta."

Endlich sagt Stephan Gratianus, decision. Rotae Provinc. Marchiae, Frcft. 1606, decis. 121.

„Jurare cogendus est nemo per iudicem, quando vellet probare per testes .... sed contrarium fuit conclusum propter l. manifestae." *)

§. 5.

Wir könnten nun gleich zum Abschluss des romanischen Rechts vorschreiten, wenn nicht die Autorität bedeutender Rechtslehrer mich zwänge, eine Stelle ganz besonderer Prüfung zu unterwerfen. Es ist dies das cap. 2, X. de probationibus, II, 19, aus dessen bald Analogie, bald eignen Worten man die heutige Gewissensvertretung hat herleiten wollen. Die Stelle lautet:

„Sicut consuetudo laudabilis: Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis ant testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur, quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos (cum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur) talem consuetudinem reprobamus."

So wenig Schwierigkeiten diese Decretale darböte, handelte es sich blos darum, aus ihr den allgemeinen Gedanken zu entnehmen, dass der Papst zur vorsichtigen Benutzung des Eides ermahnt, so gross sind die-

*) Vgl. noch Purpuratus in l. 38 D. u. T., No. 13 u. fg. Masverus in seinen addition. ad Petri de Ferrariis practicam, S. 198, v. „dicit et protestatur." Duaren, ad Tit. D., XII, 2, cap. 6. Gonzalez Tellez, ad cap. ult. X. u. T.

selben, sobald es sich um ein erschöpfendes Verständniss dieser Quellenstelle handelt. Fast möchte ich sie unübersteiglich nennen. Suchen wir dem wahren Sachverhalt mindestens so weit nahe zu kommen, dass Zweifel von erheblichem Interesse nicht auftauchen.

Die Commentatoren geben uns hierbei wenig Anhalt. Sie sind kaum sonst irgendwo so uneinig über den Inhalt einer Quellenstelle, wie gerade bei dieser. Einige beziehen den Fall auf einen Calumnieneid, dessen Auflegung nach geführtem Beweise der Papst verbiete*), aber schon Jason ad l. 31, No. 73, bemerkt dagegen:

> „sed textus ibi loquitur de veritate in quo casu postquam est plene probatum, iuramentum est supervacuum, sed iuramentum calumniae non defertur pro veritate."

Andere verstehen die Decretale von einem Notheide, welchen der Richter nur bei nicht gelungenem Beweis auferlegen solle**); noch Andere beziehen sie auf den Schiedseid***), und um das Mass voll zu machen, wird

*) Glosse ad. cap. 2, X cit.: „talis consuetudo praecipue reprobatur, quia ex quo semel iuratum est de calumnia a principio, saltem in causa civili non fuit amplius iurandum." Bernardus Parmensis, casus longi Decretalium, Argent. 1488, ad h. cap. Hostiensis, ad h. cap. v. „deferatur". Baldus, ad h. cap. Joann. de Nevizanis, consilia, Lugd. 1560, cons. VII, No. 6 u. fg. Gonzalez Tellez, ad h. cap., No. 4 u. 8. Vgl. Panormitan, ad h. cap.

**) Baldus, ad h. cap., No. 7. Anton. de Butrio, ad h. cap. u. ad cap. ult. de iureiur., No. 10. Platea, ad §. 11, Inst. de actionib. Franc. de Zabarellis, ad h. cap. Barbatia, ad h. cap. Lanfranc, in l. 31 D. u. T., No. 32. Decius, ad h. cap. Ripa, ad l. 31 D. u. T., No. 67. Carol. Molinaeus, in Codicem comment., Paris. 1612, ad l. 3 C. u. T., S. 166. Grana-Nieto, ad. h. cap.

***) Durandus, spec. iur., lib. II, pars 2, No. 2. Baldus, ad h. cap., No. 5. Panormitan, ad h. cap. Socinus, consil. am ang. O. Purpuratus, ad l. 38 D. u. T., No. 41. Niconitius, am ang. O., No. 157. Boerius, decis. 95. Petrus Rebuffus,

uns die Nachricht von der Existenz solcher, vom Papst gerügten consuetudo freilich überliefert, aber auch bei ihr tritt jene Ungewissheit hervor. Ludovicus Romanus ad l. 31 D. u. T., No. 124, berichtet, er habe sich gegen das Statut von Vincentia ausgesprochen, welches neben der Production von Gerichtsacten noch einen Eid fordere*), und Castrensis schreibt ad l. 31 cit., No. 32 u. fg.:

> „quando actor nihil probaverit plene vel semiplene non compellitur reus iurare ut cap. ult. X. de iureiur. sed Venetiis ut audio servatur contrarium; ...... quando actor plene probavit, ... reus debet condemnari ... et reprobatur consuetudo quae est in contrarium, sed Venetiis (ut audio) servatur illa consuetudo.“ **)

Am meisten aber wird das caput 2 verwendet zur Lösung der Frage, wieweit Statutarrechte, Localgewohnheiten oder Parteiwillkür im Stande seien, den allgemeinen Beweisvorschriften Abbruch zu thun***), und dies führt uns meiner Ansicht nach auf den richtigen Weg.

comment. in constitutiones s. ordinationes regias, Lugd. 1599, art. I, gl. 11, No. 2 u. fg. Johannes Paponius, decision., Frcft. 1624, lib. IX, tit. 6, No. 5. Voet, comm. ad pand., Hagae-Comit. 1707, ad XII, 2, No. 15. Wamesius, responsa, Antv. 1639, cent. I, cons. 68, No. 3, u. cent. III, cons. 19, No. 3.

*) Vgl. Francisc. Curtius, ad l. 31 cit. No. 51.

**) Dieses Zeugniss de auditu hat sich auf Kosten der Venetianer erhalten; vgl. Ripa, ad l. 31 D. u. T., No. 67. Boerius, decision. 95, No. 7. Gonzalez Tellez, ad h. cap., No. 1 u. fg. Fulvius Pacianus, tractat. de probat., Frcft. 1595, I, 71, No. 29, schreibt: „Non est mirum, quod hoc servetur Venetiis, nam apud illos patres non servetur ordo iuris in sententiis et hinc est, quod nunquam transeunt in iudicatum et semper possint rescindi vel retaliari, ut ipsi dicunt, maxime quando sunt latae contra absentes.“

***) Baldus, ad cap. 2 cit., No. 6. Ant. de Butrio, ad h. cap., No. 7. Joh. de Imola, in decretal., Venet. 1501, ad h. cap.

Im römischen Recht war bekanntlich der Richter in Bezug auf seine Beweisprüfung ungebunden. Es kam einzig darauf an, dass er sich von der Wahrheit der Parteibehauptungen überzeugte, ohne dass ein bestimmter Weg oder bestimmte Schranken für die Bildung dieser Ueberzeugung vorgezeichnet waren. Die christliche Kirche aber, gestützt auf Bibelstellen *), bekämpfte diese freie Doctrin mit so grossem Erfolg, dass wir zur Zeit der Glossatoren bereits vollausgebildete Regeln über Zulässigkeit und Werth der Beweise finden, welche zu gutem Theile durch das Bestreben der Kirche die altgermanische Beweistheorie zu stürzen, entstanden sein mögen. Die Glossatoren und ihre Nachfolger fühlten sich in dem Schematismus ganz behaglich; arm an freier, geistiger Selbständigkeit bauten sie denselben bis in die kleinsten Details aus, und haben dadurch es möglich gemacht, bis auf den heutigen Tag Ausdrücke zu erhalten, bei denen ein Begriff sich schlechterdings nicht einstellt. Dazu kam das pedantische Festhalten an der Verhandlungsmaxime, welches den Richter offenbar zum Spielball der Parteilaune machte; und nehmen wir endlich das Auseinanderzerren zusammengehöriger Momente hinzu, so haben wir eine flüchtige Skizze des Verfahrens jener Zeit.

So war also, wenn wir bei dem Hauptfall stehen bleiben, der Hauptbeweis geführt, sobald zwei klassische Zeugen für den Probanten ausgesagt hatten, der

---

Barbatia, ad h. cap., No. 16 u. fg. (Namentlich über Guelphen und Ghibellinen und ihre Stellung zum Papst.) Felinus Sandeus Ferrar., in decretal., Lugd. 1506, ad h. cap. (fol. 66[b]). Ludov. Romanus, in l. 31 D. u. T., No. 124. Grana-Nieto, ad h. cap., No. 3. Fulvius Pacian, de probat. am ang. O. Prosperi Fagnani, comm. in decretal., Colon 1681, ad h. cap.

*) Deuteron. 17, v. 6, 19, v. 15. Matth. 18, v. 16. II. Corinth. 13, v. 1. Ebräer 10, v. 28.

Richter musste überzeugt sein, bis dann der Gegner im weitern Verlaufe zwei klassische Zeugen für das Gegentheil beibrachte und der Richter seine Ueberzeugung ebenso willenlos ändern musste. Jene Regeln, welche einem eisernen Bande gleich sich um die Auffassung des Richters legten und ihn eigentlich überflüssig machten, haben nun zwar — freilich auch das ist bestritten — im Lauf der Zeit ihren zwingenden Charakter in einen beschränkenden verwandelt und werden hoffentlich selbst in diesem Sinn bald der Geschichte allein angehören, — aber in jener Zeit riefen sie eine Menge scharfsinniger, zum Ermüden wiederholter Combinationen hervor, und es wäre zu verwundern gewesen, wenn nicht auch damals schon einzelne Richter sollten gesucht haben, sich von diesem Druck ledig zu halten.

Nunmehr steht uns die Alternative offen, das caput 2 cit. entweder auf den Schiedseid oder auf den Notheid zu beziehen. Ich glaube richtiger ist es den Notheid zu wählen, denn die Subsidiarität der Eidesdelation für die Parteien so im Vorbeigehen hat etwas entschieden Befremdendes. Der Papst hätte viel näherliegende Gründe gehabt, um diese im vorliegenden Fall auszuschliessen. Das „aliae legitimae probationes" weist durchaus auf den Notheid hin, welcher ohnehin in seinem Effect den Beweismitteln gleichsteht und auch regelmässig zu ihnen gestellt wird. Das vom Richter aufgestellte Präjudiz „fides probationibus non habetur" gibt uns keinen sichern Anhalt. Es hat die Einen verleitet, den Calumnieneid darunter zu verstehen, die Andern den Notheid. Die Wahrheit ist, dass es in allen Fällen vom Richter aufgestellt sein kann; beim Schiedseid würde es die richterliche Billigung sein, welche in dieser Form sich ausspräche. Selbst darauf möchte ich kein wesentliches Gewicht legen, dass von der Relation nichts

erwähnt ist, als ob damit die Möglichkeit benommen wäre, die Stelle auf den Haupteid zu beziehen; denn die ganze Behandlung der Lehre zeigt uns, dass bei deferirtem Eide die Eidesleistung im Vordergrund steht und man sich nur eigentlich von dieser zu befreien sucht, ohne die Relationsbefugniss wesentlich zu betonen. — Verstehen wir also die Stelle so, dass sie einen trotz geführten Beweises auferlegten Notheid verbietet, so haben wir offenbar eine Collision der subjectiven richterlichen Ueberzeugung mit den gesetzlichen Beweisregeln, und dies halte ich für das Wahrscheinlichste *); nehmen wir hingegen die Stelle vom Schiedseide, so würden wir die Unzulässigkeit der Eidesdelation für die directe Gegenbeweisführung in ihr ausgesprochen finden. An Repräsentanten für beide Auffassungen fehlt es, wie gesagt, nicht.

Das Caput hat nun seine vielfache Besprechung hauptsächlich der Möglichkeit zu danken, argumenta a contrariis aus ihm zu entnehmen; wir müssen auf diese etwas näher eingehen, um den Werth der Decretale für uns desto fester abgränzen zu können.

Wer die Stelle auf einen Notheid bezog, dessen Unzulässigkeit bei geführtem Beweis in ihr ausgesprochen fand, kam arg. a contr. dahin, die Notheide für zulässig zu erklären, sobald ihre nothwendige Voraussetzung, ein theilweiser Beweis vorliege. Man stritt natürlich über die Grösse des dieser oder jener Partei

*) Baldus, ad h. cap., No. 5: „Item fides testium non debet poni in arbitrio alterius et ista est ratio huius cap.“ — bezieht die Stelle auf den Schiedseid. Barbatia, ad h. cap., No. 16, erwähnt die Gewohnheit als Verstoss gegen v. 19 Deuteron. — Vgl. Imola, ad h. cap. Purpuratus, in l. 31 D. u. T., No. 92. Caroli Ruini Regiensis consilia, Venet. 1591, cons. 75, No. 5. Cuiacii opera, Neapol. 1722, VI, S. 843, lib. II, 10.

günstigen Bruchtheils, aber mit Recht wird bemerkt von Anderen, dass durch cap. ult. X. u. T. die Entscheidung nach den Umständen dem richterlichen Ermessen überlassen sei.*) Die dabei mit verhandelte Frage: ob Parteiantrag erforderlich sei für Auflegung des Notheides, ob der Parteiantrag vielleicht sogar die Vorschrift des cap. 2 cit. beseitige, — dieser zu folgen würde uns zu weit seitab führen, nur das darf ich nicht unerwähnt lassen, dass man sich auch an die Worte „per testes et instrumenta" hielt und aus ihnen arg. a. contr. folgerte, der Richter dürfe in künstlicher Beweisführung stets zum Notheide greifen; es zeigt uns dies den innigen Zusammenhang der Decretale mit den gesetzlichen Beweisregeln.**)

Andere, die Stelle vom Schiedseid verstehend, entnahmen aus ihr ein arg. a contr., dessen vielfache Anwendung wir schon früher sahen; sie argumentirten: Kläger könne hier den Schiedseid verweigern, weil er ohnehin in der conditio obtinendi sei, — Beklagter könne nicht ungünstiger situirt sein, ihm müsse also freistehen, den Schiedseid zu recusiren, sobald er in gleicher Lage sei, d. h. ein freisprechendes Erkenntniss für sich in Anspruch nehmen könne. Wie wenig dem römischen Recht entsprechend diese Auffassung war, suchte ich schon oben zu zeigen; es ist überdies klar, dass sie auf einem äusserst trüglichen Grunde ruht. Man könnte mit viel grösserem Recht sagen: Kläger hat das Recht den Eid

---

*) Baldus, ad cap. 2, X cit. Innocenz IV., apparat. in decretal., Venet. 1491, ad h. cap. Hostiensis, ad h. cap. v. „deferatur". Jo Andreae, novella super decretal., Venet. 1489, ad h. c., fol. 252. Barbatia, ad h. cap., No. 13. Maranta, speculum. Pars VI tit. de iuramento, No. 2 n. fg.

**) Barbatia, a. a. O.: „damnata contraria consuetudine nisi per praesumtiones probaverit."

zu recusiren, weil er bewiesen hat; also muss er den Eid auf sich nehmen, wenn er nicht bewiesen hat. So fasst z. B. Jason (ad l. 38 D. u. T., No. 3) die Frage. Man könne, sagt er, für den Zwang zur Eideserklärung anführen cap. 2, X, und l. 14, §. 3 C. de non num. pec.:

> „ubi postquam actor iam plene probaverit, bene tunc potest recusari iuramentum, ergo secus est antequam actualiter probaverit dato quod diceret se velle probare.“ *)

Wie man aber von dieser Stelle zu dem Schluss gelangen könne, dass der Beklagte durch Anerbieten des Beweises den Eid beseitigen könne, vermag ich nicht aufzufinden. — Es würde das nun an sich noch kein Grund sein, die Decretale als Quelle unsers Instituts zu verwerfen; wir sind ja nicht verlegen um Beispiele, welche ein Rechtsinstitut der blos äusserlichen Betrachtung als die Wirkung unrichtiger Gesetzesauffassung vorführen; allein so weit ich sehen kann, ist auch das hier nicht der Fall.

§. 6.

Man stützt sich für die Gegenansicht vor Allem auf eine Aeusserung des Jason. In seinem Werke de actionibus (Lugd. 1540) ad §. Item si quis (11). I. de action., IV, 6, No. 86, heisst es:

> „Item addite et perpetuo notate, quod si ille cui defertur iuramentum iam probavit vel etiam offert se probaturum, ista est iusta causa recusandi iuramentum. Textus est de hoc multum notabilis et peregrinus in cap. 2, X. de probat.“

*) Den gleichen Gedanken führt aus Purpuratus, ad l. 38 D. u. T., No. 15.

Jason gestattet hier also die Recusation des Eides, sobald Delat den Beweis zu führen bereit sei, aber indem er das thut, tritt er mit allen seinen sonstigen Ausführungen in Widerspruch. Auf diesen Widerspruch ist auch schon häufiger aufmerksam gemacht*), aber ohne dass man deshalb Bedenken getragen hätte, Jason als Hauptvertreter der verwerfenden Ansicht aufzuführen. In der That lässt auch die umsichtige Darstellung zur lex manifestae einerseits und diese los hingeworfene Behauptung kaum eine Wahl offen.**)

Man führt für die entgegengesetzte Meinung weiter an Bartolus ad l. 14, §. 3 C. de non numer. pec., IV, 30. Die Stelle selbst lautet:

„Illo videlicet observando, ut in quibus non per-

---

*) Mascard, de probat., II, 959, No. 5. Schneidewin, comm. in Inst., Argent. 1608, ad §. 11, IV, 6, No. 92. Ranchbar, quaestiones, pars II, Wittebg. 1630, III, No. 8. u. No. 16, citirt beide Stellen, ohne den Widerspruch hervorzuheben. Berlich, conclus. pract., Lips. 1615, I, 22, S. 241. Franzke, commentar. in pand., Argent. 1644, ad T. D., XII, 2, No. 120.

**) Muther, S. 100, lässt es dahingestellt sein, ob ein wirklicher Widerspruch vorhanden; Jason's Institutionencommentar liege ihm nicht vor. In Note 1 schreibt er dann: „Doch scheint es mir — wenn ich eine Vermutung aussprechen darf — als ob Jason den im §. 11 l. cit. behandelten Fall: „Si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret“ vor Augen habend, nichts Anderes sagen wolle als: der Kläger kann dem Anmuten des Beklagten: er (der Kläger) möge seine Forderung beschwören, immer dadurch entgehen, dass er sich zum Beweis erbietet. Das versteht sich freilich von selbst, aber auch Anderes Selbstverständliche wird von den damaligen Italienern oft noch wortreicher vorgetragen.“ Ich kann diese Conjectur nicht verstehen, der Anschluss an den Fall des Paragraphen, wie Muther ihn durch das gesperrt gedruckte peteret annimmt, wird durch iuraverit unmöglich. Muther behandelt den Jason seltsam, bald nennt er ihn „Sammler fremder Meinungen“, S. 17, bald „sonst ziemlich zuverlässig“ (S. 101, das soll hier ein lobendes Prädikat sein), bald (S. 55) „onedem in Sachsen hochgeschätzt“.

mittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerri liceat."

Die Unzulässigkeit der Einrede zeigt sich also hier in der Unzulässigkeit über dieselbe den Eid zu deferiren; das Material soll von vornherein als ausser Streit stehend angesehen werden. Bartolus hat dies missverstanden und sich so ausgedrückt, dass man schon früh, ihn missverstehend, annahm, er gestatte hier die Recusation des Eides wegen Erbietens zum Beweis.*) Die Prüfung seiner Worte wird diese Ansicht sofort als irrig erscheinen lassen. Er sagt, l. 12, §. 2 C. u. T. enthalte keine Aenderung des früheren Rechts, von jeher sei die Recusation aus Gründen gestattet, das sei auch noch Rechtens:

„Dicitur quod iuramentum potest recusari ex iusta causa alias non. Sed de jure antiquo licite poterat quis recusare iusiurandum, si dicebat se probare et nolebat relevari se a probationibus per instrumentum velut l. 30 D. de iureiur. Sunt enim quidam adeo timidi, quod non iurarent pro magno facto, ita hic ille qui habet cautionem de soluto, post elapsum tempus posset dicere: Nolo iurare quia plene probo et idem puto quod esset in omni cautione: hic est casus et hoc in summa: ille qui plene probat non cogitur iurare."

---

*) Jason, ad l. 38 D. u. T., No. 3 (fol. 111ᵇ). Die Worte, „Bartolus sing. tenet quod sic in l. 14, §. 3 C. cit.", welche Muther leichthin benutzt, um „sich zu keiner weiteren Untersuchung in dieser Richtung veranlasst zu sehen", S. 101, haben, wenn ich nicht irre, nur den Sinn, dass Jason die Singularität dieser Aeusserung des Bartolus im Verhältniss zu dessen sonstiger Auffassung hervorhebt. Jason selbst fährt fort „Contrarium expresse tenet Bartolus, quem ego solus [m ?] ad hoc pondero, l. ult. de in lit. iur." So sagt auch Matth. Berlich, conclusion. practicabil., Lips. 1615, I, 22, S. 241: „Bartolus sibi etiam contrarius."

Offenbar spricht hier Bartolus gar nicht vom probaturus, sondern nur vom probans. Nach seiner Meinung müsse Jeder zur eidlichen Schlichtung bereit sein, denn diese Art der Beendigung gewähre ihm ja Vorzüge vor der durch richterliche Sentenz; allein einige Menschen seien ängstlich su schwören, daher sei es schon de iure antiquo gestattet, die Einlassung auf die Eidesdelation zu verweigern, wenn man den Beweis klar vorlege; wer ein Document in Händen halte, könne daher sagen: „nolo iurare, quia plene probo.“ Er würde richtiger gethan haben, diese Bestimmung auf die Unzulässigkeit der Einrede statt auf gelieferten Beweis zu stützen*), aber mit

*) Das thun z. B. Salicet, ad l. 38 D. u. T. (S. 130); Purpuratus, ad eand. l. No. 21; Duaren, ad T. D. XII, 2, cap. 6; Petr. Barbosa, tract. cit., S. 252, No. 45 (aber No. 48); Donellus, lib. 24, cap. 21, §. 15. Ja Bartolus selbst sagt ad l. manifestae No. 5: „quandoque ex natura exceptionis propositae super ea quis iurare non cogitur ut l. 14, §. 3 C.“ Dagegen haben die Interpretation des Bartolus: Marianus Socinus am ang. O.; Lanfranc, ad l. 31 D. u. T., No. 32; Joann. de Nevizanis, consil., 7, No. 7 u. fg.; Masverus, add. ad Petr. de Ferrar. pract., S. 197. Muther, S. 97, erklärt diese Stelle: „Die Schlussworte des Bartolus: ille qui plene probat non cogitur iurare beziehen sich also nur auf den Kläger und wir erkennen, dass bei dieser Entscheidung die Anschauung zu Grunde liegt: Es ist ein Beweisvorzug des Klägers, dass seine Urkunde nach Ablauf des biennium die Präsumtion der numeratio begründet, auf dieses Vorrecht kann er wie auf jedes andere Recht verzichten, indem er die numeratio anderweitig dartut, er kann also dem Gegenbeweis des Beklagten mittelst Eidesdelation immer dadurch entgehen, dass er von jenem Recht keinen Gebrauch macht.“ — Also der Gläubiger tritt nach Ablauf des biennium mit seinem Document hervor, er könnte sich auf die Präsumtion der numeratio stützen, aber er zieht es vor, auf diese zu verzichten und statt ihrer einen gewöhnlichen Beweis der Hinzahlung (Muther redet promiscue von solutio und numeratio) zu übernehmen. Und das soll Bartolus gesagt haben! Wenn mich nicht Alles trügt, hat das Theoretisiren mit dem unglücklichen Präsumtionen-Begriff Muther hier einen argen Streich gespielt.

Unrecht leitet man aus seinen Worten ab, als hätte er die Ansicht vertheidigt, dass man wegen des zu führenden Beweises den Eid recusiren könne. Wie wenig das die Meinung des Bartolus war, geht klar aus seinen Ausführungen zur l. 30 D. u. T. hervor, auf welche Quelle er seine Behauptung stützt, dass schon de iure antiquo in dem vorliegenden Fall die Recusation des Eides gestattet sei. Er sagt:

> „Non potest conqueri actor de predicto tali statuto per quod perdit condemnationem dupli, nam est in eius potestate non iurare et sic hanc partem edicti omittere et probare per testes et sic remanebit sibi integra actio legis Aquiliae, ex qua lectura nota, quod iusta causa est nolle iurare, quia per hoc effectus condemnationis minuitur, quod facit ad ea, quae not. in l. manifestae."

Bartolus will also allerdings dem Kläger das Recht geben, die Eidesfrage zur Seite zu schieben, er wendet diese Vorschrift auch in gleicher Weise auf den Beklagten an*), aber doch immer nur für den Fall, dass ihnen durch die Eidesleistung ein Nachtheil droht. Das Bindeglied also, welches ihn bewog, zur l. 14, §. 3 C. de non num. pec. diese lex 30 zu citiren, besteht meines Erachtens darin, dass es ihm darauf ankommt, darzulegen: die l. 14, §. 3, enthalte keine Neuerung, schon nach früherem Recht habe es Fälle gegeben, in welchen man um des Beweises willen den Eid recusiren durfte. Das Allegat ist freilich insofern hinkend, als die l. 14, §. 3 C. von geführtem Beweise, die l. 30 D. hingegen nach seiner

*) Ad l. 38, No. 5: „quandoque potest recusari si per hoc ius eius cui defertur minuitur ut l. 30 pr. D. et ibi est exemplum in actore." Beklagter habe z. B. um seinen Evictionsregress sich zu bewahren das gleiche Recht.

Ansicht von zu führendem Beweise spricht; aber diese Ungenauigkeit darf uns nicht verleiten, die zur lex 30 cit. mit deutlichen Worten aufgestellte Ansicht zu verdrehen, nach welcher nur für den Fall einer Benachtheiligung dem Delaten das Recusationsrecht zugestanden wird.*) Dass auch hierin schon ein Missverständniss der Quelle liegt, suchte ich S. 13 u. fg. auszuführen. Es war das eine Interpretation, welche ohne äussere Einflüsse kaum entstanden sein würde; aber Statutarrechte bestimmten, dass durch Geständniss die gesetzlich den Beschuldigten treffende Busse um ein Viertel ermässigt werden solle, und dadurch war die Frage geschaffen, ob diese Ermässigung auch dann eintreten solle, wenn der Beklagte gestehe, nachdem er bereits den Kläger zur Eröffnung des Beweisverfahrens gezwungen habe, oder wenn Beklagter den Eid deferire. Freilich war der Fall ein von der römischrechtlichen Litiscrescenz völlig abweichender; im römischen Recht sollte das Leugnen eine poena schaffen, hier das Geständniss eine solche mindern, aber doch hätte man das römische Recht benutzen können, wenn nur der Gedanke noch lebendig gewesen wäre, dass die Eidesofferte eine Bevorzugung des Gegners enthalte. Dem war aber nicht so, sie enthielt eine Belästigung, und eben

*) Ich glaube daher auch, dass Muther irrt, wenn er S. 97 unmittelbar nach dem eben gegebenen Citat fortfährt: „Daher auch die Berufung auf Fr. 30 de iureiur. (12, 2) verb.: Quum omissa hac parte Edicti dupli actio integra maneat, indem man darin den Gedanken findet: der ex Lege Aquilia Klagende könne den Eid nnd den in Folge desselben eintretenden Uebelstand, dass Beklagter nicht in das duplum condemnirt werde, vermeiden, wenn er von vorneherein seine Intentio auf andre Weise dartue." Getreu seiner Ueberzeugung, dass das Durcharbeiten des römischen Rechts für unsere Frage müssige Arbeit sei, hat Muther sich über die l. 30 D. cit. nicht näher ausgesprochen. Er selbst wird kaum nnter dem „man findet" verstanden sein wollen, und Bartolus ist wie gezeigt anderer Ansicht.

diese Umwandlung der Auffassung, auf welche wir später noch zurückkommen, hat dem Bartolus das Missverständniss der l. 30 D. cit. octroirt. — Aber das müssen wir festhalten, dass nur für diesen einzelnen Fall, wo dem Delaten ein Nachtheil droht, Bartolus die Zurückweisung des Eides gestatten will. Mit Unrecht beruft man sich auf ihn, um ein allgemeines Recusationsrecht wegen Beweiserbietens zu begründen. Er spricht sich vielmehr ad l. ult. D. de in litem iur. XII, 3, gradeswegs für das Gegentheil aus. Man könne, sagt er, auf das zuständige iuramentum in litem verzichten, denn es sei in favorem actoris eingeführt, „secus in iuramento iudiciali, in eo enim habet necesse iurare vel referre, nisi recusat ex causa ut l. 38. Vertitur enim in illo etiam favor deferentis, qui litigare non vult."

Weder Jason noch Bartolus lassen sich demnach mit Grund als Autoritäten für die Recusationsbefugniss anführen, und ziehen wir die oben angeführte Reihe von Schriftstellern hinzu, so ist die Behauptung gerechtfertigt, dass auch nicht ein theoretisches Missverständniss des caput 2 X. de probat. bei den Italienern die Recusation wegen Beweiserbietens geschaffen habe. Ich glaube zur Genüge dargethan zu haben, dass die Beziehung der Stelle auf den Schiedseid nicht ohne Bedenken, dass aber jedenfalls von ihr nicht zum probaturus zu gelangen ist. Wie Duaren sagt (ad T. D. XII, 2, cap. 6):

> „Illud sane fatemur quod iure pontificio expressum est l. 2 de prob. eum qui iam probavit, quod intendebat, iurare non cogi. Est enim iusta eius recusatio et eo magis, quia ad litem protelandam non spectat. Sed nos de eo qui nondum probavit sed probare paratus est hic disserimus."

So schreibt auch ihm nach Anton Perez (in Codicem, Amstelod. 1661, ad lib. IV, 1, No. 22):

„Quid ergo si is, cui defertur iusiurandum, probare malit quam iurare? Cogendus erit nihilominus iurare, ex praedicta edicti et utilitatis publicae ratione, quae in dirimendis litibus versatur. Nec movet, quod Iure Pontificio expressum est, iuramentum non deferri nisi deficientibus aliis probationibus, cap. 2 X. de probat. Hoc enim verum est et procedit in eo qui iam aliquid probavit, qui gravari non debet iureiurando: nos vero hic agimus de eo qui nondum probavit, sed probare paratus vel conatus est.“

Es ist nicht meine Absicht zu polemisiren*) und der Kritik glaube ich nunmehr mich entschlagen zu dürfen, wenn trotz dieser Sachlage das cap. 2 X. cit. mit mehr oder minder sicherem Ton als die Quelle der Gewissensvertretung aufgeführt wird. Die ganze Decretale hat nur den Zweck, dem Richter in Erinnerung zu bringen, dass es seine Pflicht sei, hier keinen Eid zuzulassen. Höchstens die Subsidiarität der Eidesdelation also könnte man aus ihr folgern. Wollte man zur Recusation vorgehen, so sollte man nicht übersehen, dass man nicht, die andern Vorschriften der Stelle ausser Acht lassend, beliebig es der Wahl der Partei anheimgeben darf, ob sie den Eid oder die Beweisung wählen will, sondern dass die Consequenz unserer Stelle alsdann dahin führt, die Eidesfrage in stete Subsidiarität zu bringen und dem Richter die Pflicht aufzulegen, Gewissensvertretung zu **fordern**, den Eid erst dann gestatten, wenn keine Gewissensvertretung möglich ist. Das wird Niemandem in den Sinn kommen, und so sinkt denn bei

*) Vgl. z. B. die oberflächlichen Behauptungen über das cap. 2 cit. von Goldschmidt, Abhandlung, Francfurt 1818, S. 72, not. 2, und Kurz, Recht der Gewissensvertretung, Aschaffenburg 1843, S. 24 u. fg.

vorurtheilsloser Betrachtung unsere Decretale für die Lehre der Gewissensvertretung zur völligen Nutzlosigkeit herab. Sie wird eine Phrase, statt welcher man ebenso gut den Ausspruch des römischen Juristen herbeiziehen könnte: Προπετῶς μὴ ὄμνυε.*)

§. 7.

Bei aufmerksamer Betrachtung liegt in diesem Verlauf der Sache etwas Befremdendes. Zahlreiche Juristen des 16. Jahrhunderts finden wir mit der Frage beschäftigt, ob Erbieten zum Beweis von den römischrechtlichen Wirkungen der Eidesdelation befreie; woher kommt denn das eigentlich?

Aus dem blossen römischen Gedankenbau konnte man zu solcher Frage nicht gelangen; das sahen wir früher. Aber die ganze Sachlage wird blitzschnell erhellt, sobald wir uns auf den Standpunkt der christlichen Kirche stellen.

Es ist bekannt, dass die Kirche anfänglich mit dem kategorischen Verbot der Eidesleistung auftrat und diese Vorschrift späterhin den Verhältnissen opfern musste. Es bedarf ebenfalls keiner weiteren Ausführung, dass nicht mehr von solchen Eiden die Rede sein konnte, wie das römische Recht — die Religion beherrschend — sie uns vorführt, ganz irrelevante Erklärungen, einzig wirksam durch die Parteiwillkür. Aber bringen wir das auch in Abzug, — wie sollte die Kirche es sich erklären, dass Eide mit verschiedenem Erfolg geleistet wurden, je

*) L. 13 if. D. u. T. Nachdem ich so geschrieben, finde ich folgende Stelle. Joann. Sam. Stryk, meletemata de iuramentis, Halae 1707, II, cap. 2, §. 24, schreibt: „Is cui iuramentum defertur, vel iurare vel referre vel denique pro exoneratione conscientiae probationem suscipere debet, ... et pertinet huc quoque dictum apud Vlpianum in l. 13 D. de iureiur. petulanter ne iurato.“

nachdem sie vom Gegner oder vom Richter veranlasst worden? Die freie vergleichsweise Erledigung, welche in ihren Consequenzen die unabänderliche, nicht einmal durch Meineidsbeweis anzutastende Beseitigung der streitigen Fragen mit sich führte, welche unter obrigkeitlicher Garantie erzwungen wurde; ein Eid, welcher nicht in sich seinen Werth hatte, sondern in seiner Veranlassung, — alles das sind vom kirchlichen Gesichtspunkt aus ungreifbare Begriffe. Die Kirche konnte bei der Scheu vor Gott es nicht als ein Vorrecht ansehen schwören zu dürfen, ihr war es eine Last, welcher sich möglichst zu entziehen Jedem die Heiligkeit Gottes auferlegte. Sie musste daher es begünstigen, wenn Jemand den Schwur meiden wollte, weil sie den Delaten nur als beengt ansehen konnte. Für den Satz „manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec referre" hatte sie kein Verständniss, — sie konnte kein Verständniss für ihn haben, weil sie den Zwang zum Eide unbegreiflich fand.

So entspann sich denn früh schon ein Kampf gegen die römischrechtliche Eidesdelation. Wir sahen, dass man suchte, die völlig freie Recusation zu statuiren oder die Eidesdelation dadurch subsidiär zu machen, dass man für ihre Zulässigkeit eine Beweisquote forderte. Namentlich klammerte man sich an die Aeusserungen der römischen Juristen, welche in der Eidesleistung eine relevatio a probatione erblickten, und indem man diesen Ausspruch mit der Rechtsparömie beneficia non obtruduntur in Verbindung setzte, erklärte man wenigstens den Beweisführer für berechtigt, die Eidesdelation unbeachtet zu lassen und auf die ihm zustehende Befreiung zu verzichten. Die lex 30 D. u. T. leistete hier gute Dienste. So näherte man den Eid den Beweismitteln, und obgleich man der nackten Bezeichnung sich zu widersetzen noch Klarheit

genug besass*), so hatte man doch das Verständniss für das römische Institut völlig verloren und war auf dem Wege, eine Lehre auszubilden, an deren verdunkelnden Wirkungen wir noch heutigen Tags schleppen.

Um so interessanter ist es, den zähen Widerstand zu beobachten, mit welchem Bartolus und seine Anhänger gegen die herrschenden Missverständnisse sich erheben. Es ist nicht bloss ein juristischer Dogmenkampf, es ist der Kampf zwischen der christlichen Kirche und dem römischen Recht, welcher in unserer Frage sich entwickelt, und es ist ein eminenter Beweis für die innere Kraft des römischen Rechts, dass es dem Bartolus gelingt, der richtigen Auffassung so zahlreichen Anhang zu gewinnen. Freilich nicht lange hält sich der stolze Bau, ihm fehlt die Stütze des Bedürfnisses, und unter der Wucht der Religiosität des 16. Jahrhunderts stürzt er in Trümmer, welche uns sporadisch in den Ansichten der Rechtslehrer noch Jahrhunderte lang erhalten sind.

Ich wiederhole, die Zeit hatte kein Verständniss mehr für die manifesta turpitudo der römischen Recusation. Man tadelte nicht, man achtete vielmehr den, welcher solcher Alternative abhold war. Man fand eine Beengung des Delaten in der Delation, und wie wenig genügend man die Deckung der Relation fand, geht klar daraus hervor, dass die Schriftsteller jener Zeit stets fragen, wie sich der Delat gegen den Eid decke, ohne dass sie dabei der Relation erwähnten. Und in der That, wenn wir uns ein Verfahren mit zwingenden Beweisregeln denken,

*) Barbatia, comm. ad cap. 2 X. de prob., No. 14 u. 16, sagt, man dürfe auf das „aliae legitimae probationes" kein Gewicht legen; man müsste sonst auch Christus für einen Missethäter halten, weil geschrieben stehe, dass zwei andere Missethäter mit ihm gekreuzigt wurden. Vgl. Niconitius, repetit. cit. No. 76. Franciscus Vivius, thesaurus commun. opinion., Frcft. 1616, opin. 426, S. 367.

es liegt eine grosse Härte darin, dann den Delaten zu zwingen, entweder selbst zu schwören oder sich der Gewissenhaftigkeit des Deferenten anzuvertrauen, wenn er doch die unumstösslichen Beweise in Händen hatte. Dazu kam noch ein anderer nicht gering anzuschlagender Umstand. Man konnte nicht mehr festhalten an dem römischen Erfolge, dass nicht einmal der Meineidsbeweis die Sache ändere. Freilich auch hier schwand das römische Recht nicht mit einem Schlage (noch Carpzov hält die römische Doctrin aufrecht), aber selbst im Zweifelsfalle, der statutarisch wenigstens häufig schon für die Zulassung des Meineidsbeweises entschieden war, selbst im Zweifelsfalle war es für den Schwörenden von grosser Gefahr, sich der nachträglichen Meineidsfrage zu unterwerfen. Man kann nicht sagen, dass diese Lösung erwünscht sei, weil sie ja das Schwören falscher Eide hindere; so richtig das an sich ist, so ist hier doch noch besonders zu beachten, dass durch die zwingenden Beweisregeln Jemand des Meineids unschuldiger Weise überführt werden konnte. Kurz, wir mögen uns wenden, wohin wir wollen, die römische Alternative passte nicht ins Leben und das Leben sonderte sie daher aus.

Betrachten wir von diesem Standpunkt aus jene oben für befremdend erklärte Erscheinung (dass nämlich die Rechtslehrer des 16. Jahrhunderts die Frage aufwarfen, ob das Erbieten zum Beweis Grund sei, den Eid zu recusiren), so werden wir dieselbe dahin auffassen, dass dieser Kampf mit einer ungenannten Autorität gegen die Praxis gerichtet ist, welche trotz des gelehrten Widerspruchs das Bedürfniss der Zeit befriedigte. Diese Praxis findet denn auch schon im Eingang des 16. Jahrhunderts ihren Vertreter in Curtius iunior ad. l. manifestae, No. 8. Wenn ich das Zeugniss des Jason ausser Acht lasse (siehe S. 46), so ist dieser Schriftsteller der älteste Ver-

treter der Recusation wegen Beweiserbietens, welchen ich gefunden. Anfangs steht er allein; aber noch im Laufe desselben Jahrhunderts treten neben ihn Zoesius in seinem commentarius in ius canonicum, Colon. 1668, ad tit. X. de iureiur., No. 36, und, die gewichtigste Autorität, Anton Faber.

So stark nun auch die Idee an sich war, ihre Vertreter hatten doch nicht Selbständigkeit genug, für dieselbe unumwunden in die Schranken zu treten. Auch hier zeigt sich die starre Autorität des geschriebenen Rechts, die jenerzeit nur durch gezwungene Interpretationen und unzutreffende Allegate in Fluss gebracht werden konnte. Man wagte daher nicht einmal, den Gedanken auszusprechen, dass der Eid möglichst zu vermeiden sei, ohne dass man diesem Gedanken durch Quellencitate einen gesetzlichen Mantel umhing. Es lässt sich, wie wir die Quellen jetzt kennen, von vorneherein sagen, welchen Charakter diese Citate haben werden.

Curtius schreibt am ang. O.:

> „Pro eadem opinione potest retorqueri textus, quam Jason allegat pro sua opinione in cap. 2, X. de probat. pondero enim rationem ibi assignatam in textu dum dicit, quod ad hoc refugium iuramenti deveniendum est, quando deficiunt aliae probationes et ideo licet principalis decisio textus loquatur, quando iam erat facta plena probatio, tamen subdendo rationem generalem, quae convenit etiam ad probationem fiendam.“

In gleicher Weise beruft sich Zoesius auf das cap. 2, X. cit., indem er sagt, es streite seine Ansicht nicht gegen die lex manifestae, denn das Erbieten zum Beweis sei iusta causa recusandi. Und Faber schreibt in seinen errores pragmaticorum, Lugd. 1598, decad. 19, error 8:

„Addo aliam exceptionem, si is cui iusiurandum defertur, paratum se dicat ea omnia probare sive instrumentis sive testibus, quae ad litis victoriam possint sufficere. Cur enim aut iurare cogatur, qui per modestiam et religione magis quam conscientia ductus iurare nolit? aut iusiurandum referre, qui ex liquidis probationibus quas iam in manu habeat, certam victoriam sibi comparare possit... Et sane cum relatio ipsa iurisiurandi delatio sit, aequissimum est, ut quemadmodum invitus deferre non cogitur qui suam intentionem aliter probare mavult, adeoque delatum iam iusiurandum revocare potest, ita nec referre compellatur qui testibus aut instrumentis potest vincere, sive ante delatum iusiurandum factae sint probationes, in quo omnes conveniunt teste Paponio, sive postea fieri possint."

Er erklärt diese Auffassung dann für die Praxis seines Gerichts, welche dasselbe ausübe, unbekümmert um den Widerspruch des Paponius und Bartolus, und theilt in seinem Codex Fabrianus, IV, 1, definit. 3, das gleiche Erkenntniss mit.

Was wir nun von diesen Allegaten des cap. 2, X. de probat. zu halten haben, bedarf keiner weitern Erörterung. Nicht etwa erblickt Curtius die gesetzliche Gestattung der Recusation in diesem Gesetz, sondern die generalis ratio ist es, warum es ihm zu thun ist, nur den Satz „cum ad huiusmodi suffragium tunc tantummodo recurrendum sit, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur" zieht er an, um aus ihm seine Lehre zu erklären. Wie gering das Bindeglied ist, leuchtet ein. Es zweckt das Citat augenscheinlich gar nicht auf eine quellenmässige Begründung des Instituts ab; man hält dasselbe für billig, und um die Berücksichtigung solcher

Billigkeitsgründe nahe zu legen, greift man zu den Quellen. Das tritt noch klarer hervor bei Faber; nicht blos seine Ausführung, auch seine Citate haben den Zweck, sich gegen den Satz der lex manifestae aufzulehnen. Er stützt sich auf l. 8 D. de cond. instit., 28, 7, und l. 25, §. 1, D. de constit. pecunia, 13, 5. Die beiden Stellen lauten:

L. 8 cit. (in den hier einschlagenden Worten)

„Quum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi ant consequerentur ant perderent quod relictum est, Praetor consultissime intervenit";

und l. 25, §. 1:

„Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, quum habeas eo nomine actionem, recte de constituta pecunia agis; sed et si non ultro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere qui referat quam ut ipse iuret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas."

Auch hier bildet das tertium comparationis, wenn ich so sagen darf, einzig die nicht zu tadelnde Scheu vor dem Eide, die aber beim Schiedseide den Römern nie bis zu dem Grade in den Sinn kam, dass sie den Eid wegen des zu führenden Beweises zu recusiren gestattet hätten. Mit vollem Recht bemerkt der scharfsinnige Herausgeber des Codex Fabrianus (Lipsiae apud Thomam Fritsch, 1706) in einer Note zu jener oben citirten dritten Definition:

„Quod tamen vereor ne iuris rationi repugnet, qui video etiam in procuratore et defensore du-

bitasse Jurisconsultos, an compellendi sint iurare, an vero sufficiat ad plenam defensionem, si parati sint iudicium accipere? (l. 34, §. procurat. D. u. T.) Quae enim poterat esse dubitandi ratio, si nec dominus ipse iurare compelli posset paratus iudicium accipere? Et sane cum is cui iusiurandum defertur fiat iudex in propria causa (l. 1 D. quarum rerum act. n. datur), vix est, ut non perpetuo verum sit, quod ait l. 38 D. de iureiur., manifestae turpitudinis esse, nolle nec iurare nec iusiurandum referre. Alioqui non esse [t?] semper hoc remedium aptum expediendis litibus ut ait l. 1 eodem. Et vero verba edicti sunt praecisa: Solvere aut iurare cogam; l. 34 §. ait praetor.“ *)

*) Mnther tritt an die ganze Frage heran in der Absicht, die von Heimbach bereits gelehrte Reception des ältern sächsischen Rechts in den gemeinen Process durchzuführen. Das verleitet ihn, das römische Recht und die Italiener aussenvor zu lassen, und so sagt er denn auch zu dieser Faber'schen Decision (S .103): „Freilich scheint es fraglich, ob die Behaubtung einer unzweifelhaften Gerichtspraxis sich blos auf die im letzten Theil der Stelle erwähnte probatio pro evitando periurio bezieht, oder auch auf die G.-V. Aber selbst wenn letzteres der Fall sein sollte, so fehlt es doch an einer ausgebildeten Theorie des Instituts und es liegt weiter nichts vor als ein Präjudiz zu Gunsten der dem Bartolus zugeschriebenen Controversenentscheidung.“

Es wird keiner weiteren Ansführung bedürfen, dass die Recusation des deferirten Eides und die übernommene Beweisführung mit ihr, ein so einfaches Rechtsinstitut ist, dass ich nicht wüsste, was mit „einer ausgebildeten Theorie“ bei demselben anzufangen wäre. Das gleiche Versehen läuft Muther unter, indem er S. 123 schreibt: „Im Allgemeinen aber fürt der Umstand, dass gerade Sächsische und bloss Sächsische Juristen es sind, welche zuerst die obenerwänten Einzelheiten berüren, zu der Betrachtung, wie die G.-V. anderswo, wäre auch schon früher ihre Znlässigkeit von der Theorie allgemein anerkannt worden, in der Praxis keine erheb-

§. 8.

Man könnte nun fragen, wie kam es, dass erst so spät dieser Gedanke der Recusation sich Bahn brach, da es doch christlich angesehen so nahe lag, die Partei beweisen zu lassen, wenn sie davor sich scheute selbst zu schwören oder den Gegner schwören zu lassen. Verflossen doch über hundert Jahre, ehe man gegen die Lehre des Bartolus und seiner Schule sich regte. — Auch dafür glaube ich eine genügende Antwort zu haben, aber um sie zu geben ist es nothwendig, dass wir etwas näher auf den Processgang jener Zeit eingehen.

Die schon im römischen Recht vorhandene Deckung gegen Chikane war bedeutend weiter ausgebildet. Nicht blos wurde im Eingang des Processes die bona fides beschworen und dass man keinerlei sündhafte Mittel aufgewandt habe, noch aufwenden wolle, sondern es konnte der Richter auf Ansuchen oder von Amtswegen diesen Eid sogar de veritate dicenda formuliren, was Durandus als sehr praktisch zur Abkürzung des Processes stets zu thun anräth. Unter dem Schutz dieses Calumnieneides, welcher in offenbarem Gegensatz zu römischen Rechtsideen eine Unterstützung durch die gegnerische Aussage garantirte, — unter dessen Schutz wurde alsdann der Process geführt, und zwar in der Art, dass der Kläger und mutatis mutandis der Beklagte seine Behauptungen in artikulirter Form unter dem Namen der Positionen einbrachte oder

liche Bedeutung erlangt haben konnte, da es unmöglich erscheint, mit ihr praktisch zu operiren, one jeden Augenblick auf jene Fragen zu stossen." Dass er zwei ganz verschiedene Institute unter Händen habe, welche nur zeitweise unter demselben Namen auftreten, das ist Muther nicht aufgestossen, was um so befremdender ist, da er Stellen abdrucken lässt, die gradeswegs jenen Unterschied voraussetzen, um verstanden zu werden.

wiederholte, und nun der Gegner solchen Positionen zu antworten schuldig war, unter Beziehung eben auf jenen vorher geleisteten Eid. Es ist dabei für uns gleichgültig, ob dieser Eid wirklich in genereller Fassung gleich Eingangsweise geleistet war, oder ob er als speciell auf Positionen und Responsionen sich beziehend, als sogenanntes iuramentum dandorum et respondendorum zur Anwendung kam, uns interessirt hier nur die verschiedene Einwirkung der Eidesformel auf die Positionen und Responsionen selbst. War nämlich blos de calumnia geschworen, so konnte Ponent seine Positionen ebenfalls nur so vorbringen, dass sie die mala fides der Parteien ausschlossen, d. h. er formulirte sie de credulitate, und dem entsprechend antwortete der Gegner ebenfalls mit „credo" oder „non credo"; war dagegen de veritate dicenda geschworen, so mussten Ponent und Respondent in bestimmter Fassung reden, Respondent de scientia über die einzelnen Fragen antworten. Ob auch de credulitate, wo er keine scientia hatte, das war in diesem Falle bestritten; Durandus, dessen Autorität in solchen Fragen wir wohl nicht leicht zu hoch anschlagen, bejaht es.

Die Positionen umfassten nun die ganze Intention der Partei, je nach vorliegendem Sachverhältniss entweder in einzelne Fragen zertheilt, oder in ihrer Totalität *); nur durfte unter dieser letzteren Fassung die Klarheit nicht leiden, weil der Respondent auf unklare so wenig, wie auf ungehörige Positionen zu antworten schuldig war. Sonst wurde diese Antwort, von Ausnahms-

*) Durandus, II, 2, h. r. §. 17, No. 17: „Pono, quod tibi nihil debeo." Vgl. Fulvius Pacian, de probat., I, cap. 23, No. 3 u. fg. Jo. Baptista Asinius, practica civilis, Frcf. 1609, II, §. 1, cap. 163.

gründen abgesehen, welche eine Verweigerung oder wenigstens Deliberationsfrist herbeiführten, erzwungen sub poena confessi, wenn nur die Positionen rechtzeitig eingebracht waren.

Wie stellt sich nun der Schiedseid zu diesem Institut?

So lange die Positionen blos unter dem Schutz eines Calumnieneides stehen, konnte offenbar ohne Anstoss nachträglich ein Haupteid über sie deferirt werden, denn beide Eide liegen auf völlig gesondertem Gebiet*); allein, wenn de veritate dicenda geschworen war, und nach Durandus Autorität werden wir annehmen dürfen, dass dies häufig geschah, — wenn folgeweise der Respondent schon de scientia und de credulitate ausgesagt hatte, was sollte dann ein Schiedseid bezwecken, wenn wir von dem seltenen Fall inzwischen erlangter Kenntniss absehen? De veritate über facta aliena oder als unbekannt bereits proclamirte angebliche facta propria schwören zu lassen, wie es im römischen Recht durch Parteiconsens gewiss möglich gewesen, das gestattete hier die richterliche Mitwirkung nicht. Führte doch schon die Collision zwischen eidlicher inscientia und nachherigem gegnerischen Beweis die Meineidsfrage herbei. Ein nachträglicher Schiedseid wäre augenscheinlich blosse Wiederholung, mithin ohne jeden Nutzen gewesen. **)

---

*) J. Menochius Papiensis, consilia, Frcft. 1676, consil. 861, No. 9: „Nihil etiam obstat iuramentum delatum in responsionibus ad positiones, quia iuramentum illud solius credulitatis est, quod quidem hoc litis decisorium non impedit." Vgl. aus späterer Zeit: Brunnemann, tract. iurid. de proc. civ., Frcf. a. O. 1616, cap. 23, No. 10.

**) Gratia, ordo iud. (Bgm. S. 364): „Item si reus semel super confessione responderit, non debet super eadem iterum interrogari et est ratio, nam si semel confessus est, ad quid denuo quaereretur?

So dienten also unzweifelhaft die Positionen dazu, den Haupteid zurückzudrängen; ja ich glaube sogar, dass sie entstanden sind, um jener römischen Doctrin ledig zu werden; dass sie die Befriedigung eben jenes obenangeführten Bedürfnisses zum Theil enthalten, indem sie ich möchte sagen eine verkrüppelte Anwendung des Haupteides bildeten. Man hielt es für stossend, dass von der Willkür des Processgegners es abhangen solle, ob die Sache durch Eid erledigt werde oder nicht. Umsonst versuchte man jede einzige Quellenstelle dahin zu interpretiren, dass sie der freien Uebereinstimmung der streitenden Theile jene Vereinbarung überliess; man würde nicht zu solchen Missverständnissen gekommen sein, hätte es nicht sich um die Rechtfertigung eines Bedürfnisses gehandelt, dessen Befriedigung in der Praxis sich geräuschlos durch die Ausbildung der Positionen vollzog. Durch dieses Institut, welches die Praxis bekanntlich durch die missliche Analogie der interrogationes in iure zu begründen suchte, wurde den Parteien ganz das Gleiche verschafft, welches sie durch den Schiedseid hatten erreichen können, nämlich die Befreiung von der Beweislast *), ja sogar noch mit dem Vorzuge, dass der Ponent keiner Relation ausgesetzt war, dass beide Theile vielmehr nur durch die Versicherung ihrer bona fides sich die Processführung zu erleichtern strebten. Dazu kam noch als wohl zu beachtender Gewinn, dass bei

---

et idem dicas, si negavit, quia non debet iterum quaeri ab eo de illo articulo, ne dicendo contrarium incidat in periurium vel saltem infamiam vulgi."

*) Gratia, ordo iud. (Bgm. 361): „Confessiones seu positiones fuerunt inventae ut partes relevarentur ab onere probationum." Speculator, II, 2, de posit. pr. beruft sich auf l. 30 D. Panormitan, ordo iudiciarius, v. t. fol. 34[b]: „Sunt ergo ab usu inductae positiones et postea per ius Canonicum approbatae."

verneinender Responsion immer noch die Möglichkeit des Beweises offen stand, welche gewiss gegenüber den mannigfachen halblügenhaften Ausflüchten eine nicht blos der kirchlichen Auffassung, sondern auch dem Beweisführer sehr willkommene Hülfe war, während der Schiedseid die Sache unabänderlich erledigte. Kurz gesagt, die Positionen boten, wie mir scheint, alle Vorzüge des Haupteides und vermieden dabei zugleich dessen Schattenseiten.

In diesem Gedankengang, dessen Richtigkeit die innere Wahrscheinlichkeit für mich ausser Zweifel stellt, finde ich mich durch die Erscheinung bestärkt, dass die Lehre der Positionen uns im Kleinen ein Bild eben derjenigen Controversen darbietet, welche wir beim Haupteide bereits erörterten. Auch hier verhandelte man die Frage, ob Kläger die einmal auf andere Weise angetretene Beweisführung fallen lassen, zu den Positionen zurückgreifen dürfe; — ob Positionen über bereits bewiesene Thatsachen zulässig seien; ferner ob die Parteiwillkür das Beweisrecht bis zum Ausschluss der Positionen modificiren könne; und in diesen Streitfragen beruft man sich bisweilen auf dieselben Stellen, welche in unserer Darstellung bereits vorgeführt wurden als massgebend in der Eideslehre. Eine vergleichende Musterung endlich der Schriften von Pillius, Tancred, Gratia, Durandus, Panormitan und Lanfranc de Oriano zeigt ein stufenweises Abnehmen der Lehre vom Haupteide und Wachsen der Positionen. Ja Petrus Barbosa in seinem tractatus cit., S. 252, No. 42 u. fg., erklärt direct die Eidesdelation nach stattgehabten Responsionen für unzulässig; Joh. de Nevizanis, consil. 6, No. 6 u. fg., lehrt, dass das iuramentum respondendorum ebenso weit wie der Haupteid recusirt werden könne, und bei Nicolaus Calvolus (conclusiones aureae, primum Romae nunc

vero in Germania excusae, Lips. 1616) ist vom Schiedseide nicht mehr die Rede, die Positionen haben ihn verdrängt und lassen nur Notheide zu.

Von diesem Standpunkt aus gewinnt denn auch jene oben ausgeführte Controverse: ob eine Beweisquote für die Eidesdelation erforderlich sei oder nicht, einen weit klareren Charakter, sie erhält eigentlich von hier aus erst ihr Verständniss. Der Process begann mit der editio libelli, vor welcher die Praxis keine Eidesdelation gestattete. Jason ad l. 31 D. u. T., No. 74, sagt:

> „Dura semper visa est mihi haec decisio, quamvis contradicentem non inveniam, et calumniose petere videtur reus libellum, cum ipse reus si dubitet possit petere tempus ad deliberandum quomodo iuret."

Man begann also gleich mit Positionen und trat nun, nach beendigtem Positionsverfahren, die gewöhnliche Beweisführung ein, und brachte diese nicht ohnehin die volle richterliche Ueberzeugung hervor, so befanden die Parteien sich offenbar im Stadium der richterlichen Notheide und die vom Gegner zur Hand genommene Eidesdelation nahm den Charakter einer Bitte um Belastung des Gegners mit solchem richterlichen Notheide an, während die Relation statt dessen dem Richter den Vorschlag machte, den Deferenten zum Eide zu zwingen. Die richterliche Billigung, deren starke Betonung wir schon früher sahen*), brachte gewissermassen die Verhandlungen der Parteien darüber zum Abschluss, wer von ihnen beiden den Eid zu leisten schuldig sei. Daraus erklärt sich die sonst völlig unbegreifliche Erscheinung, dass so häufig Aussprüche der Quellen und Commenta-

*) Maranta, spec. aur., Pars VI, tit. de iuramento, No. 22. Vgl. Pacian, de prob., I, cap. 70, No. 7.

toren vom Notheid auf den Schiedseid bezogen werden, dass die Relationsbefugniss eine so auffallend geringe Berücksichtigung findet *); dass endlich man sich mit der Frage beschäftigte: ob nicht der adsensus des Gegners den Notheid mit der exclusiven Wirkung des Haupteides versehe **); ob der Richter zur Auflegung des Notheides gezwungen werden könne oder nicht. ***) Und gehen wir gleich hier des Zusammenhanges willen einen Schritt weiter, so erhalten wir durch diese Combination einen Schlüssel zum Verständniss der Erscheinung, dass in zahlreichen deutschen Landesgesetzen jener Zeit neben dem Institut der Positionen uns keine Lehre des Haupteides entgegentritt †), wie denn auch die ganze Reichs-

*) Durandus, lib. II, partic. II, de iuramenti delatione, No. 4, sagt: Kläger könne allerdings ohne vorgängigen Beweis den Eid deferiren, aber Beklagter könne dann antworten: Frater non cogor iurare nisi aliquid sit probatum vel praesumtum quod non est hic.

**) Ludov. Romanus, ad l. 31 D. u. T., No. 35.

***) Baldus, ad l. 31 D. u. T., No. 22.

†) Meintzisch hoffgerichts Ordnung zu allen andern gerichten dienlich, Meintz, Joh. Schöffer, 1521. Des Ertzstiffts Cöln Reformation 1538. Der fürstl. Graffschafft Hennenbergk Lands Ordnung vom 1. Januar 1539. Neues Landrecht des Fürstenth. Würtemberg, 1554. Vgl. Des Herzogthumbs Württemberg Ernewert Gemein Landrecht von 1610, Stuttgart, Rösslin, 1626. Unter Gerichts Ordnung des Erzstifts Meintz, 1559. Der Stadt Worms Reformation 1561. Braunschweig Lüneburgische Hofgerichts Ordnung, Wolfenbüttel 1559 u. 1571. Gerichtsordnung der Hofgerichte zu Stettin und Wolgast, 1566, Stettin 1569. Münsterische Hoffgerichts Ordnung, gedr. zu Münster 1571. Münsterische Land Gerichts Ordnung, desgl. Deren Graueschafften Solms vnnd Herrschaft Mintzenberg Gerichts Ordnung vnd Land-Recht, Jetzt erstmals publicirt, Frankf. 1571. Die 1612 bei Maussen u. Ruprecht in Frankfurt erschienene Ausgabe hat hier keine Abweichungen, während sie die 1583 im Eherecht erlassenen Verordnungen berücksichtigt. Des Fürstenthumbs Steyr new verfasste Reformation des Landts- und Hofrechts daselbst, 1574 Augsburg. Eines Erbaren Rhats der Stadt Rostock

gesetzgebung bekanntlich den Haupteid ausser Augen lässt *), und während wir so auf der einen Seite den bindenden Gedanken für eine lange Reihe von Erscheinungen erhalten, gewinnen wir auf der andern für unsere Specialfrage das wenn gleich negative, doch nicht gering zu schätzende Resultat, dass in einem Process mit Positionen die Entwickelung unseres Instituts nicht vor sich gegangen sein kann; ja dass für den etwa sonst wo entwickelten Gedanken ein fruchtbarer Boden sich nur da findet, wo der Zwang der Positionen demselben nicht entgegen steht; denn noch im Jahre 1709 heisst es in der „Neuen Cammer-Gerichts-Ordnung in

---

newe Gerichts Ordnung, Publ. 1586. Gräflich Lippesche Hofgerichts Ordnung von 1593. Des Stifts Würzburg und Herzogth. Franken Kaiserl. Landgerichts Ordnung, Würzburg 1619. Reformirte Ordnung eines ehrsamen Raths der Stadt Strassburg, Strassb. 1620. Fürstl. Mindische Cantzley Vnd Gerichtsordnung, Rinteln 1628. Mylius, corpus constit. March. II, die verschiedenen Kammer-, Hof- nnd Landgerichts-Ordnungen von 1516, 1540, 1561, 1562, 1602, 1646. Kammergerichtsordnung für Insbruck, vom 10. Juni 1641, in Weingarten: Codex Ferdinand:Leopold:Joseph:Carolinus, Prag 1720, No. 86. Ordnung des fürstl. Brandenburg Hof Gerichts auf dem Gebürge unter weiland Herrn Markgrafen Christans Zeit (1603 —55) publicirt, in Corp. const. Brandenburg-Culmb., Baireuth 1747, Theil II (Bd. I, S. 346 u. fg.).

*) Vgl. Bergmann, corp. iur. iud. Germ. civ. acad., Hannov. 1819. Bisher erledigt man die Frage nach den Reichsgesetzen regelmässig mit der Wendung, sie hätten es beim Alten gelassen. Muther, S. 92, nennt den Versuch die Gewissensvertretung auf das Concept zu stützen, bodenlos; wir werden später darauf eingehen müssen. — Weil die Reichsgesetzgebung keinen Schiedseid kannte, eben deshalb konnte die Carolina die Bestrafung des Meineides und die Erstattungsverbindlichkeit proclamiren, während Partikularrechte mit Schiedseid an der Römischen Lehre festhalten. Vgl. Leipziger Schöppen Urth. in Zobel, differentiae, No. 17. Melchior Klingen von Steinau, in Institut., Frcf. 1545, ad IV, 6, fol. 180. Auch Pels, process. iudic. ed. Chr. Wintzler, Colon. 1685, tit. 31, de probat., No. 34 u. fg., tit. 29, No. 16.

der Chur und Mark Brandenburg" (Mylius, II, No. 119), tit. 34, §. 12.

„Nach abgeschwornen Eyden dandorum et respondendorum stehet zwar denen Parten frey, den ihnen auferlegten Beweiss ferner durch Zeugen oder Instrumenta zu führen, die delatio iuramenti iudicialis aber soll auf solchem Fall nicht admittiret werden."

Dritter Abschnitt.

Deutsches Recht.

Wir sahen im vorigen Paragraphen, dass die Romanisten späterer Zeit, wenn auch in geringer Anzahl, das Anerbieten der Beweisführung als genügenden Grund zur Recusation des Eides aufstellten. Der Zusammenhang führte uns dabei über die Gränzen jenes Abschnittes hinaus; vervollständigen wir nunmehr unsere Untersuchung, indem wir zur Prüfung der deutschen Landesgesetze ex professo übergehen. Ohne weiteres lässt sich schon hier behaupten, dass sie als Product ihrer Zeit dieselben Fragen uns aufweisen müssen, welche in jener Periode die Wissenschaft beschäftigten.

§. 9.

So finden wir denn Landesgesetze, welche den Eid nur in subsidium, zur Ergänzung der Beweisführung unter richterlicher Autorität gestatten, z. B. „in der Reformacion der Stat Franckenfort am Meine des heiligen Römischen Reichs Cammer", ao. 1509, fol. 17, wird vorgeschrieben, Kläger müsse beweisen, sonst werde Beklagter ohne weiteres freigesprochen,

„Wo aber der Cleger ettliche bybrengunge gethan vnd doch nit volkommelich, so ist not nach or-

denung der recht zum eyde zu kommen, Darumb folget hernach

De iuramento litis decisorio, Von dem Eyde der den Krieg abschnydet;"

das Gesetz zählt nun auf 1. voluntarium, 2. iudiciale und 3. necessarium, letzteres sei entweder in litem purgationis: „nit dieselbe bybrengunge zu erfollen, sunder sein unschuldt zu entschuldigen", oder suppletorium; dann heisst es (fol. 18 if.):

„Vss obgeschrieben fellen folgt, das in denselben fellen, so der Cleger ein vollkommen bybrengunge gethan ader gantz kein bybrengunge fürbracht hett, kein eydt gestatt sol werden, sunder allein wie oben gemelt und vnderscheiden ist."

Ferner in der „Gerichts-Ordnung so der Durchlauchtig, Hochgeborn, Fürst vnd Herr Wilhelm weilant Landtgraff zu Hessen etc. auffgericht Anno 1497. Marpurg." (fol. IX a. unter der Rubrik: Von beibringung eyns Gezeugen) — Beklagter werde wenn Kläger nicht beweise „one aufflegung des eyds" freigesprochen.

„Wo, aber der Klager zum rechten nit zeug, sondern eyn halb beweisung, als mit eym gezeugen, oder sonst anzeyge hette, möcht der Richter nach gestalt der sachen vnd person den eydt dem kleger zur ervolgung seiner beweisung, oder dem antworter zu erledigung von der klag, aufflegen."

In gleicher Weise hat die „Gerichts-Ordnung im Fürstenthumb Obern vnd Nidern Bayrn Anno 1520 aufgericht" nur Notheide sei es von Amtswegen oder auf Antrag des Gegners. Es heisst Titel 7, Gesatz 7:

„Dieselben halben Beweisung, werden zu zeyten, nach aygenschaft der sachen erstatt durch den ayd, denn Richter oder die wider parthey demselben tail, so die halb weisung fürpringt, zu

genugsamer erfüllung söllicher gezeugnuss mit Recht vnd urteyl auferlegt vnnd zuetailt, souil nach glegenhait ynder sachen Recht vindet."

Andere dagegen führen uns eine Eidesdelation nach reinen Römischen Grundsätzen vor; so das Churfürstlich Pfälzische Landrecht, Heidelberg 1582 (unverändert in Churfurstlicher Pfaltz bey Rhein ernewert vnd verbessertes Landrecht, Heidelberg, Walter 1657, welches Abdruck von der 1611 erfolgten Publication enthält). In der Untergerichts Ordnung, I, Tit. 19, §. 1, heisst es:

„Dann die partheyen entweder die Sach einander selbst auf den Eyd geben. Auf welchen Fall nötig, dass derjenige, dem der Eyd also zugemuthet wird, denselbigen leiste, oder aber seinem Gegentheil widerumb heimschiebe" . . .*)

Diesen Bestimmungen schliesst sich an das „Landrecht der Furstenthumben der Marggravschafften Baden und Hochberg, Landgraveschafft Sausenberg auch Herrschaften Röttlen vnd Badenweyler etc. Inn siben Teyl verfasset." (Am Ende: gedr. zu Durlach durch Jacob Senfft ao 1622.)

Wieder andere Gesetze erwähnen die Delation des Schiedseides als subsidiäres Beweismittel; so „Raths der Stadt Ulm Ordnung von Gerichten und gerichtlichem Prozesse, gedr. zu Ulm 1521", Tit. 34, §. 10, und dieselbe fast wörtlich wiederholend „der Stadt Nürnberg erneuerte Reformation" 1564. — So auch „Der Statt Franckfurt am Mayn erneweite Reformation. Wie die in anno 1578 aussgangen vnd publicirt, Jetzt abermals von newen ersehen" (Frcft., Joh. Bringer, 1611), schreibt

*) Die stets gleichzeitig erlassene Hofgerichtsordnung hat iuramenta dandorum et respondendorum, aber erwähnt keinen Schiedseid.

im Theil 1, Titel 39, nachdem sie von dem Notheide gehandelt, vor wie folgt.

§. 13. „Nicht allein aber mogen die Scheffen, als Richter, welcher Partheyen sie es am besten bedunckt, sondern auch sie die Partheyen selbst in mangel der Beweisung, den Eyd einander heymschieben. Doch da der Kläger gar nichts bewiesen, noch auch einige ansehenliche oder starcke Vermuhtungen für sich hette: So ist der Beklagt nicht schuldig denselben jhme zugeschobenen Eydt anzunemmen, oder auch dem Kläger zu referiren und hinwider heym zuschieben: Sondern mag den nechsten bitten, sich von furbrachter Klagen zu erledigen."

§. 14. „Hett aber der Kläger seine Klag ettlicher massen, doch vnvollkömmlich, bewiesen: So mag ein Theil dem andern, den endtlichen Eydt anbieten, Vnd welcher am ersten solch anbieten thut, so ist der ander Theil, bey Verlust der Sachen, schuldig, den angebotten Eydt entweder anzunemmen, vnd zu leysten, oder aber dem Anbieter heym zu weisen, Vnd so derselbig den jhme heim gewiesenen Eydt nicht leysten wolte, alsdann soll wider jhnen vnd für den andern Theil erkennt werden."

Damit stimmt wörtlich überein „der Statt Ulm Ordnung v. Gerichten und Gerichtlichen Processen, 1683 revidirt", tit. 35, §. 11.*)

Weiter wird der Gebrauch des Schiedseides von willkürlicher nicht erzwingbarer Parteiconvention abhängig

*) Offenbar ist hier im Lauf des 16. Jahrhunderts neben die Notheide die subsidiäre Anwendung des Schiedseides getreten, vgl. oben S. 71.

gemacht in „Von Gottes Gnaden Unser Wilhelms Hertzogen zu Gülich, Cleve vnd Berge, Grauen zu der Marck vnd Rauensberg Herrn zu Rauenstein etc. Ordnung vnd Reformation des Gerichtlichen Process ... im Jarr tausent fünffhundert vnd fünffvndfünfftzig aussgangen, Cöln 1556“, fol. 50, verb.:

> „So auch ein parthey der andern, in Recht, durch eigen willen, vnd on furgehendt vrtheill, den eidt zu thun, vnd darmit sich dero anforderung oder klag zu erledigen, anbieten wurde, mag die parthey, der solicher eidt angebotten wirdt, den vffnemen vnd schweren, so sie will. Oder aber den vffzunemen vnd zu schweren sich verwiddern, oder so es jre gefellig, der andern parthey denselben eidt widerumb heimstellen, vnd wirdt solicher eidt iuramentum voluntarium, das ist, wilkürlicher eidt genant.“ *)

Für Böhmen stellt den Gebrauch des Schiedseides in Abrede „das Böhmische Stadt-Recht wie dasselbe in drey Prager, auch andern Städten ... observirt. 1592. Leipzig, 1614.“ Lit. S. 32, und noch für spätere Zeit der freilich nicht gut empfohlene Abdruck dieses Stadt-Rechts: „Vollständige Teutsche Stadt-Recht im Erb-Königreich Böheim und Markgrafthum Mähren. Von einem dem Publiko geneigten Rechtsgelehrten in Druck befördert. Wien, bei Runggei, 1720.“

Endlich findet auch die Ansicht ihre Vertretung, dass nur Anfangs gewählt werden könne zwischen Eid und gewöhnlicher Beweisführung. So in „der Kayserlichen Stadt Breslau vornewerte Gerichts Ordnung und Process“, 1591. Breslau, bei Baumann, S. 49; art. 43: von heim-

*) Das erinnert an das licite recusari et referri des cap. ult. und das et recusare et referre der Glosse.

geschubenem Eyde. So „Nassau-Katzenellenbogensche Gerichts- und Landesordnung.“ Gedruckt zu Herborn 1616, cap. 8, No. 21 (S. 26), welche nur aus Gründen nach richterlichem Ermessen nachträgliche Eidesdelation gestattet. So auch „Ferdinand II. Vernewerte Landes Ordnung deroselben Erb Markhgravtumbs Mährern“, Wien 1628 (fol. 89 u. fg.).

Während wir so die früher erörterten wissenschaftlichen Controversen auf das Gebiet der Gesetzgebung verlegt finden, ist für unsere Frage zugleich von grösster Wichtigkeit, dass in allen diesen Gesetzen, welche grösstentheils dem 16., theilweise schon dem 17. Jahrhundert angehören, unserer Recusation keine Erwähnung geschieht. Zwar müssen wir auch hier diejenigen Gesetze ausscheiden, welche erst nach vorgängiger Beweisführung zum Schiedseide greifen lassen; sie können selbstverständlich die Frage nicht berühren; aber auch nach Abzug derselben bleibt noch eine bedeutende Zahl übrig, von denen diejenigen ganz besonders ins Gewicht fallen, welche gleich Anfangs die Eidesdelation gestatten; diese hätten offenbar den rationellsten Anlass zur Anerkennung der Recusation gehabt.

§. 10.

Ein einziges Gesetz jedoch, ebenfalls aus der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts, habe ich bisher ausser Acht gelassen, weil seine Bestimmungen uns den passenden Uebergang zum Weitern darbieten.

In der „New Reformierten Landsordnung der fürstlichen Grafschafft Tirol“, 1574, heisst es Buch II, tit. 34 (fol. 16), rubr. „Aid der erstattung der Beweisung“:

> „Dieweil von alter her die eintziehung der kundschafften vor aller Rechtuertigung beschicht, vnd

der Clager mit seiner beweisung gefasst sein sol, Darumb der Aid für geuerde nit stat hat, So haben wir an statt desselben Aids geordnet vnd gesetzt, So ain parthey im Rechten der haubtsach, in Burgerlichen Sachen, des gegentails bekennen oder leugnen zu nemen begerte, das derselb tail zu bestätung seins Rechts schuldig sein soll, dass bekennen oder laugnen, mit seinem Aid zu erstatten. Oder wo Er sich des verwiderte, die Sach verloren haben, Vnangesehen der Einred, dass jm kundtschafft zugeben nit gebotten, Oder dass Er als ein Sächer, sölchs zu thuen nit schuldig sey. Würd aber dem Antworter sölcher Aid von dem Clager angemuetet, vnnd der Antworter wolte nit schwören, So soll wider jne, als het er die Clag im Rechten bekennt, geurtailt. Es wäre dann Sach, dass sich der Antwurter erbieten wurde, sich der Clag mit kundtschaft zu erledigen, So sol jm dasselbe gestattet. So er aber die beweisung nit thete, fürter zu solchem Aid nit gelassen werden."

Um diese Stelle gehörig würdigen zu können, wird es nothwendig, dass wir einen Blick auf das altdeutsche Beweisverfahren werfen.

Das altdeutsche Verfahren, weniger um die Ermittelung des wahren Sachverhalts als die Selbständigkeit der Parteien besorgt, umfasst als streitige Punkte nur die von beiden Seiten aufgestellten Behauptungen; es zieht nur die Wirkungen in Betracht, und indem es so der Regel sich anschliesst, ignorirt es die Möglichkeit einer Ausnahme. Davon ist ein formeller Beweisgang die nothwendige Folge, denn selbst die Aussage dritter Unbetheiligter kann nur formellen Werth haben, sobald sie

einzig die Wirkung mittheilt, in der Form blosser Behauptung ohne Gründe auftritt. Die Beweisung involvirt daher ein Recht und muss kraft dieser Eigenthümlichkeit demjenigen zufallen, der, sei es allein, sei es mit dem stärkeren Verlust bedroht ist. Die Glosse zum sächsischen Landrecht, I, 18, drückt den Gedanken so aus:

„Wenne dy leges gunnen bass deme clegere vnd der sachsen recht deme antwertter.“

So läuft denn regelmässig das Verfahren aus in dem Eide des Angegriffenen, sei es dass derselbe ihn allein, oder mit Helfern leiste. Nur ausnahmsweise gewinnt der Angreifer das Recht des Beweises aus besonderen Gründen; er braucht es alsdann nicht auf den Eid des Gegners ankommen zu lassen. Dieses Recht aber setzt wie jedes altdeutsche Beweisrecht voraus, dass die Partei die entsprechende Behauptung, ihr juristisches Urtheil aufgestellt habe. Es kann also der Angreifer auf dieses Recht, welches im Uebrigen auch Bedingung des Sieges und insofern Pflicht ist, verzichten, indem er die Aufstellung der ihn bevorzugenden Behauptung unterlässt und z. B. statt Gesindelohn einzuklagen, eine einfache Forderung erhebt.

Dieser Verzicht würde dahin führen, dass nunmehr das Beweisrecht dem Gegner zufiele und dieser schwören oder bekennen müsste. — Ein ähnliches Resultat konnte der Angreifer auch dadurch herbeiführen, dass er unter den von ihm zu gestellenden Gezeugen den Gegner selbst nannte und ihn zwang, in dieser seiner Zeugenqualität die Wahrheit auszusagen. So sagt das Landrecht, II, 22, §. 5.

„Zihet ein man sines gezuges vffe denselben man vffe den die gezug get, der sal durch recht sagn bi sime eide, waz ime wizlich darumbe si, oder entsegen, daz her dar umbe nicht en wizze. Vol-

kumt iene sines gezuges mit .im denne uber in selben, her en bedarf uber in cheines gezeuges mer; her muz san darumbe deme richtere wetten und ienem sine buze gebn, als her solde, ob her mit gezeuge nicht volkomen were, wand her in zu gezeuge brachte wider recht unde wider sine wizzenschaft."

im lateinischen Text, angebunden der Ausgabe Lipczk, 1490:

„Si idem autem, adversus quem proponitur, in testem nominatur, de iure ipse sub sacramento suo debet de sibi in his notis dicere veritatem. Impletur proponentis probatio per eundem, ulterius contra eum non indiget probatione, sed confessus iudici in mulctam dabit et proponenti in emendam, sicuti ei emendasse debuisset, si in probatione defecisset. Et quia eum contra iustitiam et propriam conscientiam probationis oneri supposuit, condemnatur."

Es kann also der Gegner zum Zeugen aufgerufen werden, im Gegensatz zu allen Bestimmungen des Römischen Rechts. Ihn trifft alsdann die Verpflichtung, wie sie jedem andern obliegt, seine Kenntniss mitzutheilen. Das Weitere hängt von seiner Aussage ab; gesteht er, so wird das Gezeugniss gebrochen; es bedarf der Zeugenführer ausser seiner eignen Aussage keiner weiteren, und die Calumnie, welche in dem vorherigen Leugnen liegt, findet ihre Bestrafung darin, dass der jetzt gestehende Theil dem Richter wetten muss. Hierauf bezieht sich meines Erachtens der Schluss der Stelle, welcher zum zweiten Male das Subject wechselt. — Leugnet hingegen der gezeugende Gegner seine Wissenschaft, so muss er wie jeder Gezeuge dieses Nichtwissen eidlich erhärten, und der Beweisführer schreitet fort zur Aufrufung der andern

Gezeugen; gelingt es ihm aber nicht, durch diese den Beweis zu erbringen, so trifft ihn jetzt der Vorwurf leichtsinniger Processführung; er muss nun dem Richter wetten (als her solde, ob her mit gezeuge nicht volkomen were). *)

Neben diesem altdeutschen Institut, dass man den Gegner zum Zeugen gegen sich selbst aufrufen konnte, ist noch ein anderer Rechtssatz hier für uns von Interesse, welcher sich im Landrecht, I, 6, findet. In §. 3 heisst es:

„Swaz aber man weiz, des en darf man in nicht inneren mit gezuge, ob der man sines gezuges

*) Die Construction im Schluss der Stelle ist nicht ohne Bedenken. Homeyer hebt nur den ersten Subjectswechsel hervor, ist also gegen die Annahme eines zweiten. Die glossa lat. ad h. art. lit. k. fasst die Stelle völlig falsch: „Pone casum: Ob A. seine klage pro iniuriis B. den beklagten in die gewissen stellete, vnd B. darauff schweret vnd dadurch seine vnschuldt erweiset, Alssdann muss ihm A. vmb wette buss vnd expens wiederumb antworten, hoc dicit textus hic in fine expresse“ etc. Der lateinische Text in der Augsburger Ausgabe, 1501, Schönsperger, ist mit dem 1490. Text gleichlautend. Die 1528 bei Lother in Leipzig von Alexander von Zweym veranstaltete Ausgabe hat mit Hineinziehung aller Zwischensätze „et proponenti in mulcta . . . condemnetur mit den dadurch nöthigen Wegfall des „et“ vor „quia eum“. — Die Zobel'sche Ausgabe von Menins 1560 hat: „sed confessus iudici mulctam dabit et proponenti emendam, sicuti emendare debuisset, si in probatione defecisset, ex eo quia contra iustitiam et suam conscientiam eum compulit ad probandum.“ Sie nehmen also sämmtlich keinen Wechsel des Subjects an, wie er im deutschen Text schlechthin vorhanden ist, und verstehen statt dessen die Stelle so, dass der gestehende Gezeuge wetten solle, als sei er mit eignem Gezeugniss nicht zu Stande gekommen. Die von mir entwickelte Auffassung hat auch Gärtner; er schreibt: „sondern dieser muss auf gleiche Art dem Richter wetten und jenem seine Busse geben, wie jener wäre gehalten gewesen zu thun, wann er mit seinem Beweise nicht fortkommen wäre, denn dieser brachte jenen wider Recht und wider seine Wissenschaft zum Beweise.“ Er hätte freilich dann den lateinischen Text nicht beibehalten dürfen.

vil abgan vnd in schuldiget zu lantrechte oder zu lenrechte umme sine wizzenschaft; der sal her bekennen und leisten oder versaehen und da vor sweren."

„Si autem actor suis voluerit renunciare testibus et in iure civili vel feudali heredem impecierit de scientia sua, tunc de necessitate est, ut de sua scientia dicat veritatem et si fassus fuerit solvere debet. Si vero negaverit, ignoranciam iureiurando confirmabit et tunc solutus erit."

Der Zusammenhang zeigt uns, dass von Klagen um todter Schuld die Rede ist. Wenn nämlich jeden streitführenden Theil die Pflicht traf, ein juristisches Urtheil über seine Rechtsverhältnisse abzugeben, so wäre es doch unbillig gewesen, diese Bestimmung auch da anzuwenden, wo der Beklagte mit dem besten Willen in Unkunde verbleiben musste. Ihm hier die Alternative stellen: schwören oder bekennen, wäre einer völligen Rechtlosigkeit in diesen Fragen gleichgekommen. Man musste billiger Weise ihm es überlassen, ob er sich in gewöhnlicher Art frei schwören wolle. Aber man konnte andererseits im Weigerungsfall den Klägernicht zum völligen Stillschweigen verurtheilen, ohne wiederum hart gegen diesen zu sein. So gestattete man ihm denn, seine Forderung mit 71 Gezeugen zu beweisen. Die grosse Zahl sollte offenbar Garantie gegen Täuschung bieten, aber sie erschwerte andererseits den Beweis so sehr, dass er in manchen Fällen zur Unmöglichkeit wurde. Um auch in diesen Fällen den Gläubiger nicht zu drücken, gestattete man ihm sich seines Gezeugnisses zu begeben und dem Beklagten die Wissenschaft zu rühren. Hätte man die Bestimmungen des Artikel II, 22, auf diesen Fall angewandt, so würde diese letztere Bestimmung ganz über-

flüssig geworden sein; nun, meine ich, sind wir genöthigt beide Fälle streng zu sondern. Der Artikel 22 bezieht sich auf Statusklagen und die diesen gleichstehenden Klagen um Gut, der Artikel 6 hingegen blos auf Klagen nach todter Hand. Beiden ist aber gemeinsam, dass sie die Verpflichtung des in Angriff genommenen anerkennen, dem Beweisführer durch die eidliche Ableugnung oder durch Geständniss zu Hülfe zu kommen.

Kehren wir mit den Resultaten dieses Excurses zu unserer Stelle des Tiroler Landrechts zurück, so wird das Verständniss derselben nun keine Schwierigkeiten bieten. Der Eingang gleich führt uns die nicht seltene Erscheinung vor, dass man die Reception römischrechtlicher Sätze dadurch zu begründen suchte, dass man dieselben als in früherer Zeit geltend, nachher nur durch particulare Gesetze überwuchert schilderte. So geht auch diese Stelle von dem Satze aus, actori incumbit probatio. Der Kläger soll daher seine Beweismittel sich verschaffen; ein Calumnieneid soll nicht gestattet sein, das heisst meiner Ansicht nach, Kläger darf keine Positionen aufstellen; denn diese und die auf sie erfolgenden Responsionen stehen auf der einen Seite unter dem Schutz des Calumnieneides, auf der andern sind sie im Widerspruch mit dem Satz, dass Kläger beweisen müsse, indem sie ihm die Unterstützung des beklagtischen Wissens zu Theil werden lassen. Allein auf diesen Gedankengang kann Beklagter sich nicht etwa mit der Wirkung berufen, dass er jede Aussage als der ihm zustehenden Passivität zuwider verweigert; vielmehr steht, ganz wie uns der Spiegler es vorführt, dem Beweisführer das Recht zu, des Gegners Bekennen oder Leugnen zu nehmen, diesen also in die Alternative zu drängen, entweder zu

schwören oder zu bekennen. Dies ist wohl der Sinn der Worte „Vnangesehen der Einred, dass jm kundtschafft zu geben nit gebotten, Oder dass Er als ein Säeher *), sölchs zu thuen nit schuldig sey.“ Die beiden Sätze sind tautologisch und der Sinn entspricht völlig der Controverse, welche wir schon früher verfolgten, ob nicht in der gleich anfangs vorgenommenen Eidesdelation ein Verstoss gegen den Grundsatz liege: „Actore non probante reus absolvitur, etsi nihil ipse praestiterit.“

Man hielt hier also an dem deutschen Recht fest, aber freilich, was dort ursprünglich Recht gewesen, jetzt war es Last geworden und vor dem unleidlichen Druck der Alternative schwören oder bekennen eröffnete der Gesetzgeber mit gutem Grunde die Befugniss, den Eid zu recusiren, wenn andere Mittel dem Schwurpflichtigen zu Gebote standen. Lägen uns die Vorarbeiten dieses Gesetzes vor, so würden wir höchst wahrscheinlich den Anschluss an diejenigen Romanisten erkennen können, welche die Zulassung des Beweiserbietens als iusta causa recusandi aufführen, denen hier sich anzuschliessen noch besonders dadurch nahe gelegt war, dass der Eid nicht referirt werden konnte. Aber wir dürfen nicht ausser Augen lassen, dass es sich hier nur um die Recusationsfrage handelt. Misslingt dieser Versuch, sich der Klage mit Kundschaft zu erledigen, dann ist damit für den Beklagten die ganze Sache verloren. „So er aber die Beweisung nit thete, fürter zu solchem Aid nit gelassen werden.“ **)

*) Haltaus: „saepius reus“, der unbestimmte Artikel ist nicht ungewöhnlich.

**) Heimbach, der im zweiten Bande seiner Abhandlungen diese Stelle nach einer mir nicht bekannten Ordnung von 1532 mittheilt, weicht in der Erklärung ab. Gegen die Heimbach'sche Interpretation erklärt sich nun auch Muther, S. 108, not. 4. „Mir scheint es, als ob die Stelle nur vom Gefärdeeid handle. Der Gesetz-

§. 11.

Diese Entwicklung aber, wie sie das Tiroler Landrecht aufweist, ist keineswegs die allgemeine. Die Zahl der vorhin aufgeführten Gesetze zeigt uns, dass dieses Recht sogar singulär ist im Widerstande gegen das eindringende römische Recht, dessen Bestimmungen in den meisten Fällen das einheimische Recht verdrängten. Aber selbst dann, wenn wir uns auf den Standpunkt einer Reibung zwischen beiden, eines Kampfes zwischen deutscher und romanischerAuffassung stellen, selbst dann werden wir nicht behaupten können, dass der vom Tiro-

---

geber sagt: er ordne «an stat» des Gefärdeeids (d. h. in der damaligen Sprache: als Gefärdeeid) an, dass eine Partei, die «des Gegenteils Bekennen oder Läugnen zu nemen begert», d. h. den Eid deferirt, schuldig sein soll, das Bekennen oder Läugnen mit ihrem Eid zu erstatten, d. h die Delation durch ihren Calumnieneid zu unterstützen. Weigert sie sich zu schwören, so hat sie (nach bekannten Regeln) die Sache verloren und es hilft ihr weder die Einrede, dass ihr nicht der ihr eigentlich zukommende Zeugenbeweis auferlegt sei (d. h. sie kann, nachdem sie die Eidesdelation gebraucht, nicht zum Zeugenbeweis zurückkehren), noch die Einrede, dass sie «als ein Sächer» (Kläger?) [vgl. die S. 335 angehängten Zusätze. Der Text hat «Sachwalter?»] zur Ableistung des Calumnieneides nicht verpflichtet sei. — Nun kommt der Gegensatz: deferirt aber der Beklagte dem Kläger den Eid (etwa über einen Exceptionalsatz) und fordert nun Letzterer solchen (Calumnien)eid vom Ersteren, so soll, wenn dieser sich weigert zu schwören, gegen ihn erkannt werden, es sei denn, dass er sich erbiete, sich der Klage mit Kundschaft zu entledigen, d. h. die Eidesdelation zurückzuziehen und zu beweisen. — Der Gegensatz ist also der: Dem Kläger schadet die Verweigerung des Calumnieneides immer, dem Beklagten nur wenn er nicht beweisen kann. Hierdurch erklärt sich auch der innere Zusammenhang der Stelle: der Kläger soll seinen Beweis parat haben, da braucht er keinen Calumnieneid und wält er Eidesdelation, so muss ihm die Verweigerung des Gefärdeeides schaden. Anders bei dem Beklagten: Von ihm kann man nicht verlangen, dass er mit seiner Beweisung gefasst sein soll; daher die Begünstigung."

Diese Muther'sche Interpretation wird schwerlich Beifall finden.

ler Landrecht eingeschlagene Ausweg, wie er uns die Recusation der Commentatoren mit dem altdeutschen Eide verbunden vorführt, dass dieser Weg der einzig mögliche gewesen. In einem andern Lande, dessen Gesetzgebung von weitaus grösserem Einfluss geworden, in Sachsen vollzog sich derselbe Process in abweichender Art, und es lieferte daher der Kampf zwischen den beiden Rechtsauffassungen gleichabweichende Resultate. Zur Prüfung dieser Entwickelung gehe ich nunmehr über; die Schwierigkeit der Aufgabe wird es entschuldigen, wenn der Versuch sich nicht über die Dürftigkeit erheben sollte.

Stellen wir vor Allem die beiden Gegner einander gegenüber. Auf Seiten des einheimischen Rechts herrschte eine formelle Beweistheorie, welche den um juristische Urtheile geführten Streit meist durch Eid erledigte. Dagegen das fremde Recht mit materieller Beweistheorie, und neben ihm, ein gewaltiger Beistand, das Christenthum mit der Lehre, dass die Eide möglichst zu beschränken. Allerdings kannten auch die fremden Juristen eidliche Erledigung, aber sie war entweder das Ergebniss einer vertragsmässigen Vereinbarung oder richterlichen Befehls; beides waren Kategorien, unter welche die deutschen Erscheinungen nicht unterzubringen waren. Man suchte daher jede Gelegenheit, diese Lehre zu bekämpfen. Das geringe Verständniss, welches dem einheimischen Recht zur Seite stand, erleichterte dies Streben, und wenn wir den hauptsächlichen Angriffspunkt ins Auge fassen, so erblicken wir die beiden uns schon bekannten Stellen des Spiegels wieder.

Lassen wir den Hauptgegner des Sachsenrechts reden. Klenkok (Scheidt, biblioth. histor., Götting., 1758, I) sagt vom sechsten Artikel des ersten Buchs:

> „Iste articulus repugnat humanae societati, quando frequenter in una villa vel contrata non pos-

sunt haberi tot testes, per consequens nullus alteri mutuaret. Item nec Canonica nec Imperialis lex tantam multitudinem testium requirit in quibuscunque contractibus."

Er rief dadurch die Verwerfung jener Bestimmung Seitens Gregor XI. hervor (1374), allein trotz dieses klerikalen Widerspruches erhielt sich der Rechtssatz; nur dass von der Glosse die Zahl von 71 Gezeugen auf 6 herabgesetzt war. Erst in der 1535 bei Melchior Lotter erschienenen Ausgabe des Sachsenspiegels ist zu I, 6, bemerkt, dass im heutigen Recht zwei oder drei tüchtige Zeugen genügen, bis dahin wurde diese Bestimmung nur als Rechtssatz der canones nebenbei erwähnt. *)

Es ist das ein einzelner Punkt, an welchem sich die Bildung des Ganzen spiegelt. Verwickelter, in Bezug auf Motive und Erfolg, war der Kampf in der Eidesfrage selbst. Wir sehen das Hinüber und Herüber deutlich in den einzelnen Glossen. In der Glosse ad I, 18, heisst es:

„Das dritte das der sachse sweren mag, das ist vor das man vnder em nicht liplichen bewyssen mag. Was man aber mit wortten vff einen spricht, das entredet er sich mit wortten vnd ist billich, das man seynen wortten gloube vnd seyme eide die en entschuldigen Also man yeme tut der en beschuldiget. So das is vor gerichte nicht geschen sie, anders mochte man en mit gerichte wol obirczugen. Diss ist aber widder alle dy, die do sprechen, man enmoge den sachsen nicht obirczugen. Diss ist bereit vor uss gelegit." **)

*) Vgl. Fachs, different. iur. civ. et Sax., Jen. 1586, I, diff. 50.

**) Titel am Ende: „Explicit der sassenspiegel den der erwirdige in Got vater vnde herre Theodoricus von bockstorf bischoff

Die Glosse hält hier also fest an dem altdeutschen Satz, dass nur die eigene Wahrnehmung des Gerichts dem Eide vorgehe, und macht, gestützt auf diesen Vorrang der leiblichen Beweisung, einen Ausfall wider die, welche das Sachsenrecht beschuldigten, dass es dem Diebe gestatte: in der einen Hand die gestohlene Sache haltend, mit der andern sich vom Diebstahl loszuschwören. Dagegen ad I, 6, steht die Glosse auf völlig abweichendem Standpunkt:

> „Schuldiget man abir den erben vmb sine wissentschaft, so musz er bekennen oder vorsachen; wo dy beweissunge abe geht, do gehen dy eide zu vnd wirt dormit losz."

Hier finden wir also die Ordnung des deutschen Rechts durch fremde Ideen geradezu verdreht; statt die Beweisung, d. h. die leibliche in den Vordergrund zu stellen und an sie den Eid anzureihen, statt dessen wird hier die allgemeine Subsidiarität des Eides gelehrt. Endlich die Glosse ad II, 22, lautet:

> „Dis vornym alsus, hettestu eyn ding gethan vnd werestu so freuel, das du des nicht bekennen weldest, weldestu dich lassen obirczugen vnd drungestu die lute vff eide, der man mag czugen mit dyr selber vnd spreche, du weist das selbir wol. Das mustu danne bekennen adder vorsachen vff den heiligen. Bekennestu, das du darvon wissest, so ist der czug gebrochen ut patet in textu."

So weit schliesst sich die Glosse dem Textgedanken

zur Neuenburg seliger gekorrigieret hat. Getruckt zu Basel durch Bernhart richel in dem LXXIIII iare (1474)." Vgl. Glosse zu I, 7, 8, 13, 15, 25, 64; II, 22, 69; III, 28. Einzelne Stellen stehen in der Handschrift der Leipziger Stadtbibliothek von 1434, so weit ich sehen kann aus blosser Nachlässigkeit des Schreibers, am Rande.

ohne Abweichung an; der Schluss des Textes „wand her in zu gezeuge brachte wider recht unde wider sine wizzenschaft" tritt uns als Eingang der Glosse entgegen.*) Aber nun fährt die Glosse fort:

„Ouch sayt her hie, das eyn man, der denn andern obirczugin wil, der musz selber sagen die warheit bey seinem eide. Vnd her rurt hir das in legibus posiciones heissen . . . Hir mag der vff den man czugit, dass vff en selbir gehit, zu hant verantwertten ader her mag sich bedenken, ap er wil; wanne yn geistlichen rechte muss er vor sweren das er die warheit sage des man en frage vmbe die sache."

Allerdings lag es nahe, das Ziehen eines Zeugnisses auf denselben Mann, auf den das Gezeug geht, zu vergleichen mit den Positionen. In beiden ist der Grundgedanke derselbe, dass nicht böser Wille dem Gegner die Beweisführung erschweren dürfe. Dass dabei aber die Institute nicht identisch, ist unverkennbar, und um so mehr zeugt es für die Kraft des andrängenden Rechts, dass die Glosse, obschon sie selbst auf den Unterschied in der Eidesleistung aufmerksam macht, doch in die Stelle ohne jeden äusseren Anhalt hineinträgt, dass der Zeugenführer selbst, den Positionen gleich, eidlich aussagen müsse. Praktisch ist diese Auffassung nicht geworden.**)

Dass es also ein Nachtheil, ein onus sei, eidlich den

*) ohne dass ich mit Hänel, Beweissystem des Sachsenspiegels, S. 40, aus diesem Eingang entnehmen möchte, dass nur im Fall der Calumnie der Eid zu leisten sei.

**) In den Different. aliq. iur. civ. et Sax., Col. 1573, I, 48, heisst es daher: Die Positionen seien altbergebracht, vom Papst anerkannt, in Sachsen in desuetudinem gerathen, die Prozesse dadurch unsterblich geworden, die Parteien hätten ius aber keine probatio. Vgl. König, Process und Practica, ed. Prietzen, 1599, III, cap. 18.

Streit zu beendigen, das hineinzutragen hielt nicht schwer, da die Auffassung im Christenthum ihre Stütze fand. Als Folge davon musste selbstredend das Anbieten zum Eide aufhören, und Sache des Gegners wurde es, darauf anzutragen, dass gerichtlich der Pflichtige zur Erfüllung dessen angehalten werde, was in früheren Zeiten sein Recht gewesen. Dabei verlor man den ursprünglichen Unterschied des Grundes aus den Augen, der solchen Eid hatte herbeiführen können. Ob gesetzlich von vornherein dem Beklagten die Pflicht sich loszuschwören oblag, oder ob der Kläger das Recht des Gezeugnisses aufgab und statt dessen den Beklagten um seine Wissenschaft schuldigte, das verschwamm in späterer Zeit; man hielt nur das Gemeinsame fest, dass der gegnerische Antrag zum Eide zwinge, und erklärte sich das Eintreten dieses Antrages so, dass man darin einen Verzicht auf andere Beweisung erblickte, wie er ja auch nach gemeinem Recht dem Kläger zustand. So erweiterte man die Fälle der beiden bekannten Stellen I, 6, und II, 22*) zur Regel, indem man zugleich dem Begriff der leiblichen Beweisung die Aussage zweier klassischer Zeugen anreihte, welche nach dem Bibelworte vollen Beweis machen sollten.

Jene Vermengung der Eide aber vollzog sich nicht in einem äusserst wichtigen Theile, in dem Eidesthema. Nach altem Recht hatte es dem Eidesleister freigestanden, mit seinem juristischen Urtheil selbst solche Verhältnisse zu schlichten, die nicht die eigenen waren. Dem um todter Schuld Beklagten stand es zu, sich mit seinem Eide zu lösen; der Kläger war daher genöthigt, ihm diese Möglichkeit zu eröffnen, er konnte nicht etwa von vornherein den Beklagten um seine Wissenschaft schuldigen, sondern

*) Ich wage nicht, Schlussfolgerungen darauf zu bauen, dass beide Stellen neuere Zusätze, im Quedlinburger Codex nicht enthalten sind.

erst wenn derselbe von seinem Eidesrecht keinen Gebrauch machen wollte, erst dann stand es dem Kläger frei, die Wissenschaft zu rühren, wenn er auf sein Recht des Gezeugnisses verzichten wollte. Es ist das nicht unwichtig, weil man leicht der Ansicht sein könnte, als enthielte der Art. 6 eine Abweichung von dem Rechtssatz, dass die einmal betretene Bahn nicht verlassen werden darf; der Kläger ändert in solchem Fall, wenn er den Beklagten de scientia schuldigt, nicht seinen Anspruch, sondern derselbe Anspruch tritt uns in einem neuen Gewande entgegen, er wird auf des Gegners Eid de scientia gesetzt, und es zeigt sich in dieser definitiv wirkenden Eidesleistung der Unterschied dieser Stelle von II, 22. — Solche Befugniss aber, in fremden Rechtsverhältnissen schlechtweg eidlich zu urtheilen, stand mit dem Christenthum unvereinbar da; zudem war es längst nicht mehr eine Zeit, von der man sagen konnte, was man mit Worten auf Einen spricht, dess entredet er sich mit Worten.

Der kirchlichen Tendenz und der materiellen Beweistheorie wäre es augenscheinlich am entsprechendsten gewesen, hätte man die Eidesleistung sofort zu einem einfachen Mittel machen können, die Kenntniss der Parteien von den streitigen Thatsachen zu erlangen, wie es in den Positionen geschah. Aber der Widerstand des einheimischen Rechts war zu hartnäckig; wir finden die Eidesdelation noch durch ganze Jahrhunderte hindurch auf die Parteibehauptung mit Uebergehen der fundirenden Thatsachen gerichtet: ein offenbarer Ueberrest jener altdeutschen Auffassung. Die Kirche und ihre juristischen Vorkämpfer erreichten nichts weiter, als dass sie die alte Befugniss stürzten, in fremden Fragen de veritate zu schwören. Sie erreichten dies durch eine geschickte Benutzung wiederum der in I, 6, enthaltenen Ausnahme,

welche generalisirend sie den Satz aufstellten, dass man de facto alieno nur de scientia schwören dürfe. Wie gross schon dieser Umschwung war, liegt auf der Hand. Ursprünglich hatte die Stelle den Sinn, dass man de veritate schwören dürfe, de scientia schwören müsse; jetzt war sie verdreht zu dem Satz, dass nur de facto proprio eine Eidesleistung de veritate zu gestatten sei.*) Und doch zeigt sich auch hier eine grosse Festigkeit des einheimischen Rechts, welches sich den Gedanken nicht entwinden liess, dass Jeder in seinen eigenen Verhältnissen juristisch, und wo nöthig eidlich urtheilen müsse, ohne dass es die Einrede eines Irrthums oder eines Vergessens in Betracht gezogen hätte.

So hielt sich trotz der Vereinigung jener beiden Eide ein Unterschied, der, nach dem Begriff des factum proprium und alienum geregelt, zu der Formel führte, welche als die der sächsischen Eidesdelation bekannt ist. Man stellte nicht mehr die Klage zu Eideshand, sondern man rührte dem Gegner sein „Gewissen, Wissenschaft und Wohlbewusst", indem man einem etwaigen Versehen und der daraus entspringenden Nutzlosigkeit der Delation dadurch vorbeugte, dass man alle Fälle umfasste, sowohl das factum proprium wie das alienum. Dass man dabei den ursprünglichen beiden Ausdrücken einen dritten „Wohlbewusst" anreihte, das darf uns nicht irre leiten, als ob unter diesem dritten Worte auch ein dritter Fall verborgen liege; vielmehr ist das ein blosser Pleonasmus, auf dessen Irrelevanz auch z. B. Teuber, Instruction des gerichtl. Processes ex recens. Jac. Schultes, Lips. 1623, cap. 18, fol. 137[b], ausdrücklich aufmerksam macht.**)

Auf diesem Wege kam man dahin, dem Kläger das

*) König, ed. Prietzen, III, cap. 8.

**) Vgl. Mauser, S. 133. Jacob Thomingius, decision. v. t. dec. 45, No. 11.

Wahlrecht zu geben zwischen der Eidesdelation und anderweiter Beweisführung, indem man die Delation als einen Verzicht auf die zustehende materielle Beweisung ansah, welche man, der Bibel folgend, in erste Linie geschoben hatte.*) Auch die Möglichkeit eines mittelbar herbeigeführten Verzichtes auf das in einzelnen Fällen dem Angreifer gestattete Gezeugniss, wie wir dieselbe oben erwähnten (S. 78), — auch diese Möglichkeit mag für die Entwickelung des Wahlrechts nicht ohne Einfluss gewesen sein, wie ja überhaupt die leisesten Andeutungen genügten, um eine Identität zu behaupten, welche zu bestreiten der Zeit die tiefere Einsicht abging.

Indess dieses Wahlrecht selbst wurde keineswegs nach römischen Grundsätzen gestattet. Vielmehr hielt man fest an dem deutschrechtlichen Satz, dass Jeder seine Beweisung gerade so führen müsse, wie er sie auf sich genommen, und zwar war der Kläger insonderheit gehalten, gleich in demselben Termin, in welchem ihm der Beweis zugesprochen wurde, zur Ausführung desselben zu schreiten; er musste von Anfang an sich auf die erschöpfende Durchführung seines Anspruches vorbereiten; und nicht einmal das Gericht konnte ohne Einwilligung des Gegners ihm einen Aufschub bewilligen.**) Konnte nun der Kläger statt der Beweisung die Eidesdelation wählen, so folgte, dass er auch diese Wahl vornehmen musste, ehe durch die Angelobung der Gewähr das Verfahren seinen festen Ausgangspunkt erhielt, dass ihm benommen war, nachher vom Eid zur Beweisung oder umgekehrt zurückzugreifen. Auch hier trat also ein greller Widerspruch

*) König, am ang. O., cap. 21: „Denn es mag der Sachsse seiner Beweisung abgehen, vnd den Beklagten auf sein Gewissen beschuldigen, I, 6“, und cap. 8: „Jeder Sachsse lässt es dem andern zum Eide, wenn er nicht gute Beweisung hat, I, 6, und II, 22.“

**) Magdeburger Fragen, II, cap. 3, dist. 2.

hervor mit dem gemeinen Recht. Dieses fasste die Eidesdelation als Proposition auf, deren Wirksamkeit erst durch die jenseitige Erklärung vorlag; ja die l. 11 Cod. u. T. gestattete sogar bei acceptirtem Eide dem Deferenten ein ius variandi. Es war begreiflich, dass die romanisirenden Juristen, mit der Beschränkung des sächsischen Rechts nicht zufrieden, die Lehre des römischen einzuführen suchten. So schreibt Henning Goden in seinem iudic. ord. processus (Colon. 1563, ein von Johann Braun herausgegebenes Collegienheft), Rubr. 17, No. 3:

> „Ex hoc infertur maximus error quorundam practicorum putantium se plus scire quam sciunt, in hoc videlicet, quod ius Saxonum Ldr. II, 22, et I, 6 dicit: Dass der mann sein gezeugen mag abgehen und die klag gar oder zum theil dem andern theil in sein gewissen schiben. Nam illos textus sic arctant et restringunt, quod actor antequam reus responderit libello et antequam lis sit contestata, debeat eligere et specivocare, quem articulum velit probare et super quo articulo velit adversario iuramentum deferre. Est ne haec diabolica malitia et iniustitia? quod actor debet dicere hoc volo probare et super hoc volo iuramentum deferre, antequam sciat, quam positionem reus velit negare vel confiteri et sic in quo relevetur ab onere probationis vel quid teneatur probare. Certe talis restrictio et diabolica malitia per dicta iura Saxonica non probatur.“

— und dieselben Worte finden sich fast unverändert bei Chilian König, am ang. O., III, 21, am Ende. Aber beide Schriftsteller waren auch Willens, dem sächsischen Recht die ganze Schleppe des gemeinrechtlichen Processganges anzuhängen, und in unserm Fall zeigt schon die Gereiztheit des Tons, wie wenig sie selbst die Ueberzeugung

hatten, ihre Ideen gebilligt zu sehen. Ja König, wenn er auch III, 8, die gemeinrechtliche Eidesdoctrin entwickelt, ist aufrichtig genug, sich für das sächsische Recht selbst zu widersprechen, indem er II, 30, No. 3, schreibt:

> „Aber nach dem Sachssenrechte vnd gebrauch wenn die gewehr bestellet, so muss es der Kläger bey der Klagen bleiben lassen, vnd wird das allergeringste daran zu ändern nicht zugelassen, auch in der Qualitet, Als wenn ich einen schlechts beklage ohne Beweisung vnd ohne Eyd, bestelle ich die gewehr, ich kann die Klage auff die gewissen nicht endern, sondern ich muss also im wege dess gemeinen Rechts bleiben."

Ebenso verhält es sich mit Zobel; auch er lehrt ad sächs. Ldr. I, 6, addit.: Si quis actor nullis (vgl. auch glossa lat. ad I, 6 lit. i.) dieselbe Ansicht, aber er fügt gleich König hinzu: „licet servetur contrarium in practica"; — und wenn endlich auch Fachs in den Different., I, 53, die Rücknahme des Eides dem Kläger während der ganzen Leistungsfrist ungeachtet gegnerischer Erklärung gestattet, so bemerkt die Revision hierzu, dass der Kläger nur re integra seine Delation revociren dürfe, so lange noch nicht die Gewähr oder die Regulirung der Beweisung ihm den Rücktritt entzogen habe.

Die Leipziger Schöppen freilich hatten nicht bloss die Goden'sche Lehre, sie gingen noch weiter und gestatteten dem Kläger selbst dann noch einen Regress zur Beweisführung, wenn ihm der Eid vom Beklagten bereits referirt war. Aber auch diese Praxis fiel im Jahre 1560 auf Melchior Klingen's Vorstellung; man sprach gegen den Rath Badehorn's aus, dass die Wirkung der guaranda exclusiv sein müsse, und so blieb die einheimische Lehre Sieger.*)

*) Scabin. Lips. resolut. quaest. 19 in Consultationes Saxonicae.

Ehe wir weiter gehen, ist es unerlässlich, diese Resultate für die klägerische Rolle scharf zu fassen, denn sie bilden den Kern, um welchen die weitere Ausbildung sich ansetzt. Der Kläger konnte also wählen, ob Eid oder andere Beweisung. Er musste diese Wahl vor angelobter Gewähr treffen und konnte sie hernach nicht ändern. Wählte er die Eidesdelation, so traf den Beklagten die Pflicht zum Schwur, verschieden je nach seiner Stellung zum Schwurthema, bald de veritate, bald de scientia. — Jetzt fragt sich, welche Einwirkung die neuen Ideen auf die Stellung des Beklagten hatten.

§. 12.

Hätte man bei dem bisher Erörterten stehen bleiben wollen, so würde die Reception fremder Rechtsideen nur zu einer Begünstigung des Klägers ausgeschlagen sein. Schon das Rechtsgefühl hätte sich gegen solche Erledigung der Fragen sträuben müssen, denn sie hätte den Beklagten der Willkür des Klägers preisgegeben. So sehr man also aus diesen Gründen genöthigt war, von der altdeutschen Stellung des Beklagten gleichfalls abzugehen, so wenig war man geneigt, das fremde Recht schlechtweg zu recipiren.

Am nächsten lag von allen Abhülfen das Institut des Calumnieneides. Wenn man befürchtete, dass der Kläger

---

Ferner: Mauser, am ang. O., S. 141. Reinhardt, different., II, pars IV, diff. 15. Consultat. Saxon., I, 1, 65. Melchior Klingen von Steinau, Sächsisch. Landrecht, Thl. II, von Beweisung durch Zeugen (fol. 57[b]). Hartmann Pistor, quaest. iuris, Lips. 1621, tom. IV, dec. 22, No. 7. Modestin. Pistor, illustr. quaest. ed Schultes, Lips. 1613, I, 23, No. 3. Wesembec, in XII, 2, No. 9. Andreas Rauchbar, quaestiones, pars I, Wittebg. 1634, qu. 9, No. 22. Teuber, am ang. O., cap. 18, fol. 140[b]. Petrus Heigius, quaest. cura Person., Wittebg. 1601, pars II, qu. 4, No. 37. Matthias Colerus, decision. ed. Schultes, Lips. 1603, 123, No. 9.

aus blosser Chikane den Eid wähle, um den Beklagten zu beengen, so konnte man ja nur den Kläger mit dem Masse messen, welches er selbst anlegte*); man konnte dem Beklagten gestatten, von ihm eidliche Erhärtung der bona fides zu fordern. Auch hier sind es abermals die Leipziger, welche dem fremden Institut sich geneigt erweisen. Conrad Mauser schreibt in seinem processus iuris, Wittenberg 1569, S. 128:

> „Denn die zu Leipzig lassen solchen sonderlichen Eidt malitiae oder vor geferdt zu, also auch lassen ihn zu die Hoffgericht, Aber die Scheppen zu Magdeburgk, die das grob Sachsenrecht halten, lassen diesen Eydt eben so wenig als das generale iuramentum calumniae zu.“**)

Mauser nennt dann die Leipziger „peritiores“ und ihre Meinung fand denn auch Eingang. In der Leipziger Hofgerichtsordnung von 1549 rubr.: Wann ein auffgelegter Eyd geleist soll werden, — und in der Wittenberger Hofgerichtsordnung von 1550 eod. rubr. ist dieselbe gesetzlich sanctionirt***), obgleich die Leipziger wahrlich nicht durch doctrinelle Klarheit sie empfahlen. Ein von ihnen abgegebener Spruch, der bei Zobel, different. iuris civ. et Saxon., 1598, No. 18 (und im Anhang der von Menius besorgten Ausgabe des Sachsenspiegels unter No. 6) mitgetheilt wird, geht dahin, dass Klägern zustehe, vom Beklagten einen Calumnieneid darüber zu fordern, dass er vom Kläger nicht calumnios den Calumnieneid fordere.

Indess die Abhülfe durch solchen Gefährdeeid war

*) König (Process, v. t., Folioausg., 1550), cap. 67, II: „Vnd ist derhalben erdacht, das der zuschiebunge der Eide desto weniger gebraucht werde.“

**) Vgl. König, ed. Prietzen, III, cap. 9.

***) Corpus iur. Saxon., Dresden, Chr. Berger, 1672, S. 133, 141.

immer doch nur untergeordneter Art. Hätte der Kläger gewusst, dass es nur des Calumnieneides seinerseits bedürfe, um den Beklagten in die altdeutsche Alternative: bekennen oder schwören zu versetzen, er würde schwerlich grosse Bedenken getragen haben, den Eid zu leisten, wenn anders überhaupt er böswillig procedirte und sich die Scrupel zu Nutzen machte, welche sein Gegner bei der Eidesleistung hatte. Man näherte sich daher dem römischen System in noch anderen Punkten auf eine höchst interessante Art.

Bisher hatte man nur über die Parteibehauptungen mit formellen Waffen gestritten, jetzt sollte die Ueberzeugung des Gerichts von den zu Grunde liegenden Thatsachen erbracht werden. Es ist begreiflich, dass der grosse Wechsel dieser beiden Systeme nicht in scharfen Zügen, sondern allmälig und schwankend vor sich ging. Früher schon sahen wir das bei der Eidesdelation; sie erhielt sich über die eigentliche intentio des Klägers. Der gleiche Gedanke tritt uns hier wieder wirkend entgegen.

Nehmen wir den Fall an, dass der Beklagte vernichtende Thatsachen als Befreiungsgrund der Klage gegenüber behauptete, so traf ihn nach materieller Theorie die Beweislast. Er stand hierin also dem Kläger völlig gleich, auch er musste mithin die Wahl haben zwischen Eidesdelation und Beweisführung, und wählte er den Eid, so brachte er den Kläger in die Nothwendigkeit, welche Kläger in Bezug auf die Klage ihm geschaffen hatte; der Kläger musste jetzt bekennen oder schwören. Dieser Gedankengang, der für uns nicht die mindeste Schwierigkeit hat, gewann aber ein ganz anderes Ansehen, sobald er vom Standpunkt des einheimischen Rechts betrachtet wurde. Nach dessen Auffassung war der Eid nicht über die fundirenden Thatsachen, sondern über die auf ihnen

ruhende Rechtswirkung deferirt; deferirte nun Beklagter seinerseits den Eid über vernichtende Thatsachen, so war das, mit dem Begriff des Streites über Wirkungen gemessen, augenscheinlich eine Relation des ihm vom Kläger deferirten Eides, gegen welche man in jener Zeit um so weniger Einwendungen erheben konnte, als die häufig bei den Romanisten vorkommende Behauptung sie unterstützte, dass der Referent gleichstehe dem Deferenten, eine Behauptung, welche freilich dort einen ganz andern Sinn hatte. — Diese Auffassung findet sich in folgenden Stellen:

Zobel in den cit. different. etc., 25, sagt

> „Si quis agit contra me de cento florenis mihi ab eo mutuo datis, et super tali debito mihi defert iuramentum, forte alias probationes non habens, ego referre possum, quod ei quinquaginta restitui seu solvi, ista relatio admittenda est.“

Man fühlte sichtlich, dass man von allem Recht abwich, indem man diese angebliche Relation zuliess; denn man hatte sich dem Streiten über Thatsachen keineswegs mit Bewusstsein zugewandt, sonst würde man das Ganze als Consequenz der materiellen Beweistheorie erfasst haben. Nun erklärt Zobel selbst, dass nur bei Behauptungen ex eadem causa die Relation gestattet sei. In gleicher Weise heisst es in den anhangsweise von ihm mitgetheilten Leipziger Schöppen-Urtheilen, Rubr. „wie deferirte eyde zu **referiren**“, No. 21:

> „W. S. Obwol kläger im namen seines Eheweibes dem beklagten H. die klag in seine gewissen gestellt und beklagter dagegen in schutzwehren exceptionem transactionis das er dieser handlung halben durch etliche jhrer freundschafft vnd beyder Weiber gütlich vertragen, wiederumb in sein eigen gewissen geschoben, So were klagender

L. vorgewandter exception transactionis halben sein gewissen nach inhalt derselben zu reinigen vnd zu eröffnen schüldig.“

Es ist klar, dass eine Relation im technischen Sinn in diesen Rechtssätzen nicht enthalten ist; allein für jene Zeit war es schon bedeutungsvoll, dass man den Satz: die Relation sei zulässig, anerkannte. Mochte man auch sich etwas ganz Anderes dabei denken, so lag doch jedem Späteren die Gelegenheit offen, auf jene Erklärung sich beziehend, die wirkliche Relation einzuführen. Dazu kam die für jene Zeit chaotischer Praxis nicht gering anzuschlagende Schwierigkeit, die einfache Verneinung der jenseitigen Behauptung von der Anführung selbständiger Thatsachen zu sondern; und endlich ein Grund von besonderer Wichtigkeit, zu dessen Würdigung wir etwas zurückgreifen müssen.

Bei Klagen nach todter Hand sollte Kläger das Recht haben, seines Gezeugnisses abzugehen und den Beklagten um seine Wissenschaft zu schuldigen. Den Grund dazu bot der mögliche Mangel der Zeugen, welcher selbst dann nahe lag, als die Zahl derselben bereits auf sechs geringert war. Wie nun, wenn Beklagter diesen Grund beseitigte und sich mit dem Eineid des Klägers zufrieden erklärte, sollte man diesen Antrag verwerfen? Nach der Consequenz des altdeutschen Rechts sicher. Denn dieses kannte nur die Alternative: schwören oder bekennen, und wir haben denn auch von den Magdeburgern, „die das grob Sachsenrecht halten“, eine Entscheidung, welche dem Beklagten verbietet, die Sache auf des Klägers Eid zu stellen.*) Aber wenn man sich nicht auf den schroffen Standpunkt des einheimischen

*) Magdeburger Fragen, II, cap. 3, dist. 3.

Rechts stellte, lagen gewichtige Gründe für eine entgegengesetzte Entscheidung vor. Der Beklagte war der Sache unkundig; er durfte nach der neueren Auffassung de veritate hier überall nicht schwören; sein Eid de inscientia war offenbar nicht von solchem Werth, als wenn der Kläger schwor, der von der Sachlage eigene Kenntniss hatte; und wenn Beklagter Zahlung, Erlass etc. behauptete, dann konnte er den Eid referiren; warum denn nicht auch hier? So möchte ich die Leipziger Schöppen-Entscheidung verstehen, welche in Zobel's different. unter No. 22 abgedruckt ist. Sie lautet:

„W. S. So einer vmb geldschuld beklagt wird, vnd der beklagte in seiner antwort dagegen sagt, dass er nichts wüste, das er jhme schuldig were, vnd wolte doch solcher seiner wissenschaft sich mit seinen Rechten vnd eyde nicht entledigen vnd wolte dem kläger den eyd heimschieben, Nemlich, so er wie Recht erhalten vnd bethewren thürste, das jhm der beklagte so viel, als er jn beschuldigt pflichtig, das er jm alsdann solcher schulden bezahlung thun wolte etc. Ob dann der kläger solchen eyd auff sich nemen müste oder nicht, das in solchem Falle der kläger solchen eyd auff sich zu nemen schüldig vnd wo er den auff sich nemen nicht wolte, so soll der beklagte solcher schulden halben von dem kläger ledig vnd losgetheilet werden. V. R. W."

Das Urtheil erwähnt freilich nicht, dass der Schuldner als Erbe in Angriff genommen werde; man könnte daher geneigt sein, es von jeder Klage generell zu verstehen; allein solche Deutung erscheint mir unzulässig, weil die Relation in Eiden, welche de facto proprio deferirt sind, (meines Wissens) nie zugelassen worden. Auch die Ausdrücke des Urtheils selbst scheinen mittelbar mir jene

Auslegung an die Hand zu geben, denn es ist nur davon die Rede, dass der Beklagte sich weigere, seiner „Wissenschaft“ sich zu entledigen; im entgegengesetzten Fall hätte gewiss das Urtheil auf „Gewissen“ gelautet.

Mag man nun über diesen Uebergang und den Versuch, ihn zu begründen, denken wie man will, — jedenfalls steht das Resultat fest, dass man den Beklagten nicht zwang, de scientia zu schwören, sobald der Kläger de veritate schwören konnte. Konnte der Kläger den Beklagten zwingen, unweigerlich de facto proprio zu schwören oder zu bekennen, so war es nicht mehr wie billig, dass Beklagter in solchem Falle auch den Kläger zwingen könne. Zobel in seinen different., No. 21, erklärt ausdrücklich, bei factum proprium defferentis sei der Delat völlig gesichert durch die Relation; und so schreibt auch Klingen in seinem Landrecht, Theil II, Rubr., von Eidesleistung:

> „Ist es des Beklagten halben factum alienum, so ist er den deferirten Eidt zu schweren nicht schuldig; Ists aber sein factum proprium, so muss er schweren und kann dem kleger nicht referiren, denn es seinethalben ein factum alienum.“

— eine Stelle, welche argumento a contrario zu ganz demselben Resultat führt, sogar noch mit der Erweiterung, dass der de scientia schwurfähige Beklagte ebenfalls dann dem Kläger referiren darf, wenn dieser gleich nur de scientia schwören kann.

Wir gewinnen dadurch folgende Sätze:

Der Delat kann den Eid regelmässig referiren. Deferent ist solchenfalls gehalten, den Eid zu schwören; das Thema richtet sich nach den Verhältnissen; er schwört de veritate bei factum proprium, de scientia bei einem factum alienum.

Der de facto proprio deferirte Eid darf nicht referirt werden.*)

§. 13.

In vielen Fällen war so das Interesse des Beklagten genügend gewahrt. Es stand ihm regelmässig zu, entweder zu schwören oder zu referiren. Nur bei einem de facto proprio deferirten Eide war das nicht der Fall. Hier war daher besondere Veranlassung, einen Druck abzuwenden; gehen wir auch hier auf das ältere Recht zurück.

Sobald das Urtheil feststand, war die Alternative Bekennen oder Schwören unantastbar. Dadurch war die Möglichkeit, Beweise anderer, materieller Art beizubringen, beschränkt auf den Zeitraum vor Erlass des Urtheils; denn gewiss konnte die Partei durch die Liquidirung ihrer Behauptungen den Eid von sich fern halten. — Hierauf beziehen sich meines Erachtens die beiden folgenden Urtheile des Lübecker Oberhofs (Michelsen, No. 251, Anno 1506):

An den Rath zu Reval.

„Juwer ersamheide breff von wegen eynes geschul-

*) Leipziger Schöppen-Urth., bei Zobel, No. 19, 22, 23. Fachs, differ. 52. Zobel, different., No. 24, 26. No. 24 ist besonders interessant: „Iure Saxonico habetur ex art. 22, II, quod is cui defertur iuramentum, possit illud statim et in continenti deferenti referre una cum postulatione iuramenti calumniae prius a deferente iurando." Glossa lat. ad Sächs. Ldr., II, 22, lit. g. Georg von Rotschitz, processus iuris, ed. Schultes, Lips. 1623, I, art. 11, No. 14 u. fg. Mauser, am ang. O., S. 136. Chilian Goldstein, enchiridion process. iud., Hal. 1568, S. 45, und ed. Schultes, 1611. Petrus Termineus, gerichtlicher Prozess, Wittenberg 1590, cap. 47. Schneidewin, comm. in Instit., Argent. 1508, ad lib. IV, 6, §. 11, No. 85 u. fg. Melchior Klingen, am ang. O., fol. 57[b], und dessen Enarrationes in Institut., Frcft. 1545, ad II, 23, de fideicom. hered., fol. 80. Wesembec, consilia, Wittebg. 1633, I, 3, No. 50.

denen ordels twischen Martens Bokelmann andleger an de eyne, unde Hinriek Fluwerke, vulmechtigen procurator Hinriekes vom holte, antwerdesman an de anderen siden, von wegen eyner Besathe int jar XCIX by Bartelt Kethwighe up twintich last asehen unde waghensehot u. s. w. Hans Kroser tobehoren, gedan, ame Mandaghe na Quasimodogeniti negest vorgangen an uns gescreven, myt der erberorten parte scriffte clage u. antworde under ene malkander gegan unde in juwen Breven inserert, hebben wy entfangen unde myt juwem affgesproken ordel alles to guder mate vornamen, unde so gy denne na ripeme rade unde besprake vor recht gewiset unde affgespraken hebben aldus ludende: H. Fluwerck na denne juw M. Bokelmann beschuldigt myt edeshant, gy em belavet hebben, dat gelt was vom deme besaten gude geworden were under den vogt to leggende, deme also nicht gesehen ist, besunder vormenen juw myt deme Breve des ersamen rades to Ryge des edes to werende, so secht juw de Radt edeshant moth edeshant lossen, unde sollen dat gelt was von dem gude geworden is, noch int recht leggen, idt ga dar denne vurder umme so recht is, unde de beswaren tuehnisse dar der van Ryge breff von vormeldet, ergangen uthe Hans Kroser's gesegge na siner wichafftigen tydt, erkent de radt machtloss u. s. w., welke juwe affgespraken ordell unde sententien de obgenannte H. Fluwerck vor uns hefft geschulden, unde syn darumme von uns fruntlik begerende, dat wy sodane juwe affgesproken ordell unde rechtsproke examineren unde entscheden willen, unde juw unse delinge na older loveliker wise unde guder gewonheit under unser

stadt secrete versegelt wedderumme bevalen u. s. w. Darup begeren wy juwer ersamheide fruntlik weten, dat wy na flitiger vorhoringe der parte vorgerort clage unde antwerdescriffte, ock dessulven juwes ordels na ripeme rade unde unseme lubeschen rechte sodane juwe vorbescreven ordell in aller mate hebben confirmert, bestediget unde bevestiget."

Ann Frydage na Egidy anno VCVI.

Wenn ich den Spruch richtig verstehe, so hat der Beklagte sich durch die Vorlegung der Urkunde, welche die vor dem Rath zu Riga gemachte Deposition enthält, befreien wollen von der ihm drohenden Eidespflicht; der Rath zu Reval verwirft dies Document als ungenügend, wahrscheinlich aus Opposition gegen schriftliche Zeugnissablegung, und erkennt auf die Eidesleistung, welche Entscheidung denn auch der Oberhof bestätigt.*)

Die zweite Entscheidung lautet (Michelsen, No. 157, Anno 1484):

Nach Colberg.

„Wy Borgermester u. Raedtmanne der Stadt Lubeke bekennen u. betugen myt dessen apenne breve vor allen, de ene sehen, horen edder lesen, dat vor uns upp hude dato desses da wy na gewontliker wyse to rade vorgaddert weren, myt eynem geschuldenen ordele, van deme ersamen Rade to

*) Heimbach, II, 226, versteht die Stelle von einem nach missglückter Gewissensvertretung noch zu leistenden Schwur. Muther, S. 108, hält dies für offenbar unrichtig, denn „des Urteil ist nichts andres als ein Beweisurteil, also noch kein Beweis vorhergegangen; es enthält eine Antwort auf des Beklagten „besunder vormenen", er könne auf Beschuldigung „myt edeshant" „myt deme breue des ersamen rades to Ryge des edes to werende". Schlussfolgerung und Interpretation sind mir gleich unverständlich.

Colberge vor uns geschulden sint erschenen Hinrick Zemmerouwe an de eyne, unde Symon Nadebaer procurator Hans Nadebaer unde sine Suster Jacob Brumann nagelatenen Huesfrowen uppe de andern syden, veftich rynsche gulden halven, ock anderer klenode sulver unde goldes to truwer handt by dem sulven Hans Nadebaer gelecht u. s. w., dat eme to eynes hant gelecht was, dar up de Raed to Colberge hadde gedelet: eynes hand möste eynes hand losen, Welck wy na der scheldinge vor lubesch recht so hyr bevorn ock erkand gedelet unde afgesechet hebben, dar entegen Symon Nadebaer sede he eynen vullenkommenen ende bewisen wolde u. s. w., hyr up wy na clage unde antworde insagerede unde wedderrede na besprake unde rypem rade vorrecht heben afseggen laten in maten nabescreven:

„Nademe Hans Nadebaer vorgenomet vor deme ordele to Colberge, unde dar na ock hyr vor uns so dat eynes hand eynes hand scholde losen, neynen vullenkomenen ende to bewisende hadde gewardet, so were dat machtloes unde eynes hand moste noch eynes hand losen, id genge dar noch vorderumme so recht were, unde want wy Borgermestere unde Raedtmanne vorgescreven dit so vor lubesch recht erkandt unde afseggen hebben laten, desses to merer bekanntnisse der waerheid hebbe wy unser stadt Secrete witliken heten hengen neddene an dessen breff, de gegeven unde gescreven is in den jaren unsers herrn Dusent verhundert verundeachtentich ame negesten vryhdage na nativitat. Sancti Johannis Baptiste."

Schon Michelsen summirt:

„Urtheil, dass bei einer Klage wegen anvertrauten

Guts Eideshand Eideshand lösen müsse, ein Beweis zur Gewissensvertretung nicht zulässig sei, weil Beklagter sich solche nicht vorbehalten."

Heimbach, am ang. O., schliesst sich dem an, und jetzt Muther drückt sich, S. 107, so aus:

„Die Zurückweisung erfolgt, weil Beklagter das Erbieten zu anderem Beweise als durch Eid in dem Abschnitt des Prozesses, wo neben den Vorträgen der Parteien über die Sache selbst auch die Angabe der Beweismittel ihre Stelle fand, unterlassen hatte und demgemäss das Beweisurteil auf Eid ergangen war. Hieraus können wir nun vermöge des — freilich unsicheren — argumentum a contrario schliessen, dass wenn Beklagter der Klage «mit edes hant» gegenüber sich vor dem Beweisurteil zum «vullenkomenen» Beweis erboten hätte, dieser ihm in jenem gestattet worden wäre."

Wenn ich Muther richtig verstehe, so ist er wenigstens nicht der in dem Summarium aufgestellten Ansicht, dass, wenn Beklagter den Beweis durch Zeugen rechtzeitig angeboten hätte, dieser ihm vorbehalten sein würde. Im Uebrigen giebt Muther zu, dass das von ihm gezogene arg. a contr. ein unsicheres sei. Der Fall der Entscheidung ist folgender:

Der Beklagte ist des Eides schuldig gesprochen; er geht an den Oberhof, um sich gegen diese Sentenz zu decken, und erhält hier abschlägigen Bescheid. Nun tritt er wieder auf und fordert jetzt die Zulassung zum ordentlichen Beweis, wenn er vom Eide nicht losgesprochen werden könne. Auch hierin erhält er abschlägigen Bescheid, und zwar: es sei sein Antrag wirkungslos, weil er weder vor dem Colberger Rath noch bei dem Lübecker Oberhof vor der Sentenz, welche ihm den Eid zuspreche,

„eynen vullenkomenen Ende to bewisende gewardet“ — auf vollständigen Beweis geachtet habe.

Ich kann darin nichts weiter finden, als dass der Beklagte sich hätte von der ihn nach Recht treffenden Eidespflicht nur dadurch befreien können, dass er vor Erlass des Urtheils seine ordentliche Beweisung einbrachte. Von einem Vorbehalt der angebotenen Beweisung, ja überall von einem Anbieten der Beweisung, welche ihn hier decken sollten, vermag ich nichts zu finden: der Spruch enthält meines Erachtens nur die alte Wahrheit, dass nach erlassenem Urtheil der Beweis so geliefert werden muss, wie er in dem Urtheil zugesprochen ist.*)

Gegenüber der eindringenden materiellen Beweistheorie und namentlich der christlichen Eideslehre konnte solches Institut sich nicht halten. Wir sahen, dass diese Factoren bei dem Kläger dazu geführt, ihm ein Wahlrecht zwischen Eid und anderer Beweisung zu geben; dass für den Beklagten, wo derselbe mit selbständigen Behauptungen operirte, die gleiche Alternative anerkannt wurde. Hier musste daher schon das unklare Rechtsgefühl, der Tact dahin führen, dem Beklagten zu erlauben, dass er, von dem Kläger zum Eide getrieben, sich salvire durch die gewöhnliche Beweisführung. Um solchen Gedanken auszubauen, war es offenbar nicht erforderlich, dass man, auf das romanische Recht gestützt, die doch nur von Einzelnen gelehrte Recusation wegen Beweiserbietens annahm; man konnte sich unmittelbar anschliessen an die alte Befugniss, den Eid durch andere Mittel vor seiner Auflegung zur Seite zu schieben und diese erweitern.

---

*) Muther will, S. 108, unterscheiden zwischen Zeugen und Urkunden; nur auf ersten sei diese Stelle und die in ihr ausgesprochene Zulässigkeit zu beziehen, denn der Spruch No. 251 schliesse die Urkunden aus. Ich finde dafür keinen Grund.

Der Weg wurde durch die vielgepredigte Eidessubsidiarität so nahe gelegt, dass eine Anziehung fremden Rechts nicht nöthig war. Ein Institut des einheimischen Rechts aber begünstigte diesen Gedanken ganz vorzugsweise. Während nämlich der Kläger regelmässig an demselben Termin seinen Beweis führen musste, hatte der Beklagte eine sächsische Frist dazu, so dass ihm auch die Leistung eines Eides nicht bloss im Termin selbst, sondern binnen der ganzen Frist freistand.*) Wenn er nun binnen dieser Frist seinen Beweis erbrachte, dann war die Leistung des Eides überflüssig.

Aber von dieser vollendeten Beweisführung, welche vom cap. 2, X. de probat., wie wir sahen, geradezu als Grund der Eidesunzulässigkeit bezeichnet wurde, war immerhin noch ein guter Schritt vorwärts zu thun, ehe man zu unserm Institut gelangte. Man kam dahin meines Erachtens, indem man der häufig vertretenen gemeinrechtlichen Lehre folgte, dass der angetretene Beweis die Wirkung des geführten insofern habe, als die Partei die ihr zur Beweisführung gestellte Frist dadurch gewahrt habe. Das war durch schriftliches Verfahren geboten; denn wenn nicht mehr in einem Termin die Streitfrage bis zur Entscheidung gefördert wurde, wenn es von der Arbeits-Kraft und Lust des Gerichts abhing, wann in der einzelnen anhängigen Rechtssache Schritte gethan wurden; wenn endlich auch durch das Eingehen auf die Kenntnissgründe u. s. w., wie die materielle Beweistheorie es mit sich brachte, — wenn durch dies Alles ein Aufschub entstand, so konnte man denselben doch nicht der Partei aufbürden. Diese musste als gehorsam anerkannt werden,

*) König, fol., cap. 66. In den sächsischen Hofgerichten musste der Eid am nächsten Gerichtstag geleistet werden, in allen anderen binnen sächs. Frist.

sobald sie durch die Einbringung der zu benutzenden Mittel das Ihrige gethan hatte. Man stellte daher das Antreten des Beweises dem bereits gelieferten Beweise gleich.*)

Dieser Entwickelungsgang trat aber nicht ohne Weiteres bei allen Eiden ein. Ein wirklicher Druck lag nur in dem Eide de veritate; sollte dieser mit der Alternative schwören oder bekennen bestehen, so waren Irrthum und Vergessen ganz ausser Ansatz gelassen. Anders bei dem Eide de scientia; dass Jemand seine Wissenschaft eidlich aussagte, darin lag keine Härte; er war hier ja nur gehalten, seine Subjectivität, wie sie denn grade war, in die Wage zu werfen. Wie man also diese beiden Eide in Bezug auf das Thema in spätester Zeit noch sonderte (S. 89), so trat auch nur bei dem de veritate zu leistenden Eide ursprünglich diese Befugniss auf, statt des Eides den Beweis zu führen oder richtiger: anzutreten. Aeussere Belege freilich habe ich für diese Theilung nicht aufzuweisen; allein einmal spricht die innere Wahrscheinlichkeit für sie, und dann — was mir ein unumstössliches

---

*) Jo Monachi pract. iudic. ed. Steinacker, Magdeb. 1606, X, 6, No. 6: „intra quas tamen sufficit de consuetudine usu et observantia intra illum terminum articulos exhibere iudici cum denominatione testium etc.“ Andr. Rauchbar, quaest., pars II, Wittebg. 1630, qu. 3, No. 20. Consultat. Saxonicae, Frcft. 1599, I, 3, qu. 10: „Etliche seynd der Meynung, dass derjenig der in Zeit sächsischer Frist beweisen soll, wo er die Beweisung nicht vollkömlich führt, sich derer, wo er durch gnugsame Ehehafft nicht zu restituiren, verlustig gemacht habe.. Etliche aber seynd der Meynung, wann der producens sein beweiss articul, jnnerhalb Sächsischer Frist vbergeben, Commissarien zu Auffnemmung der Zeugen gebetten oder sonst ziemlichen Fleiss angewendet, dass er sich nicht versäumet habe.“ Gestützt auf die Romanisten heisst es dann von der letzten Meinung: „Et hanc sententiam saepius sumus secuti. Non distinguendo, an tantum temporis post exhibitos articulos supersit, quantum verisimiliter ad repetendos testes sufficeret etc.“

Argument erscheint —, es spricht für sie der Name: **Gewissens**vertretung. Hätte man die beiden Eide zur Zeit der Ausbildung dieses Instituts bereits verschmolzen gehabt, dann hätte das Institut entschieden nicht einen Namen bekommen, welcher es als unmittelbares Anhängsel nur des einen Eides kennzeichnet. Freilich die Ausdehnung auf den Eid de scientia erfolgte bald, denn alle, häufiger schon betonten Gründe standen ihr zur Seite. Ehe noch die Frage der Relation erledigt war*), stand die Gewissensvertretung schon in beiden Fällen zu, und trug nur im Namen noch den Stempel ihrer Abkunft an sich.

§. 14.

Und nicht etwa blos beim Haupteid lag die Sache so; der ganze Gedankengang passte vielmehr auf die gesetzlichen Eide in gleichem Masse. Auch sie waren ursprünglich ein Recht des Schwörenden gewesen, auch sie wurden allmählich in das Gegentheil verkehrt und folglich auf gegnerischen Antrag auferlegt. Ich deutete schon früher an, wie leicht dieser äusseren Erscheinung eine wirkliche Vermengung der Eide folgen musste; auch hier zeigt sich das Gleiche. Man stritt, ob der Antrag auf solchen Eid nicht auch an die Gewähr gebunden, ob nicht auch bei ihnen eine Relation gestattet

*) Wegen dieser chronologischen Reihenfolge glaube ich auch kein Gewicht für die Ansbildung der Gewissensvertretung auf jenen Gedanken legen zu dürfen, welcher oben (S. 97) als Veranlassung der Relation aufgeführt wurde. Die sächsischen Juristen thun das regelmässig, aber es ist unverkennbar, dass ex post die nächstliegende Erklärung des Instituts aus jener Gleichberechtigung sich ergab, welche dem Beklagten gleich dem Kläger die Wahl zwischen Eid und Beweis gestattete.

sei *), und wenn man auch in diesen Punkten ohne grosse Schwierigkeit zum richtigen Abschluss kam, so standen doch mindestens diese Eide, gleich dem Haupteide, mit der Alternative: schwören oder bekennen dar, und der durch sie geübte Druck unterschied sich gar nicht von dem jenes Eides. Man gestattete daher auch bei ihnen die Gewissensvertretung, und nur ein Eid machte Schwierigkeiten: der Reinigungseid. Man hatte durch die Annahme der materiellen Beweistheorie sich so weit vom einheimischen Rechte entfernt, dass man das purgatorium in der etwas fremden Gestalt, in welcher es in die Heimath zurückkehrte, nicht wieder erkannte. Allerdings, wenn erst nach stattgehabtem Beweisverfahren auf einen Reinigungseid erkannt war, dann lag in ihm keine Bedrückung, der Beklagte hatte ja die Gelegenheit sein Gewissen mit Beweis zu vertreten ohnehin. In solchem Falle war so wenig wie überall beim iuramentum suppletorium von einer Gewissensvertretung die Rede. Allein wenn das Gericht ohne Eingehen in die Beweisinstanz einen solchen Eid auferlegte, z. B. vom Beklagten verlangte, dass er sich eidlich von dem animus iniuriandi reinige, nachdem derselbe die beschuldigte Handlung eingestanden hatte, — dann stand augenscheinlich der Reinigungseid den gesetzlichen Eiden gleich, und auch auf ihn wurde dann die Gewissensvertretung angewandt. **)

---

*) Rauchbar, am ang. O., pars II, qu. 9.

**) Rauchbar, am ang. O., pars poster., qu. 1, S. 30 u. fg., fällt es sehr schwer, sich in das Oberhofgerichts-Urtheil zu finden, welches er in Widerspruch mit andern Fällen glaubt. Muther, S. 126, nimmt deshalb eine wirkliche Meinungsverschiedenheit der Gerichte an; aber Moller hat nur denselben Fall vor Augen, so viel ich sehen kann. Rauchbar selbst kommt No. 13 zu dem ganz richtigen Resultat, es müsse dem Beklagten die Möglichkeit der Beweisführung jedenfalls gegeben sein. Vgl. Daniel Moller, ad con-

Wir werden auf diese Frage des Reinigungseides später bei anderer Veranlassung zurückkommen. Für jetzt genügt uns das Resultat, dass jedem Schwurpflichtigen die Gewissensvertretung zusteht, es sei denn, dass er bereits Gelegenheit gehabt, seine Beweisung einzubringen.*) Demnach war die Gewissensvertretung ein Beweis geworden zur Abwehr eines Schwurs; sie hatte ihre ursprüngliche enge Gestalt neben dem Veritätseid verloren und war, wie Gribner schreibt, eine „probatio, quae declinandi iuramenti causa suscipitur"; wie die alte Process-Ordnung, tit. 19, §. 2, sagt: „eine probatio ad evitandum iuramentum". Wir müssen das um so mehr festhalten, weil nur zu leicht von der heutigen Doctrin uns Begriffe ankleben, welche sich so zu sagen mechanisch in Bewegung setzen, sobald der Name „Gewissensvertretung" genannt wird. Solche Schulbegriffe würden uns hier nur irre leiten. Ich muss bitten mit Ausschluss aller andern Fragen einstweilen mit mir dabei stehen zu bleiben, dass der sächsische Begriff der Gewissensvertretung der eines Beweises zur Abwehr eines Schwurs ist. Wenn man also dem schwurpflichtigen Relaten den Regress zur gewöhnlichen Beweisführung abschlägt, so verweigert man ihm die „Gewissensvertretung" ohne an die Möglichkeit auch nur zu denken, dass ihm im Fall entgegenstehender Auffassung nach

---

stitut., elect. I, 22, No. 9. Wesembec, consilia, I, 3, No. 49, if. IV, 178, No. 44; VII, 339, No. 39 u. 342, No. 162 u. fg., No. 194 u. fg. Hartmann Pistor, opera, Lips. et Frcft. 1679, lib. IV, qu. 13, No. 4 u. fg. Arnold de Reyger, exercitationes practicae, Magdebg. 1603, disput. 7 if. u. II, obs. 82. Setser, tractatus de iuramentis, Magdebg. 1608, lib. 4, cap. 3, No. 12 u. fg. Matth. Berlich, am ang. O.

*) Ich lasse die Frage ausser Ansatz, aus welchem Grunde man im sächsischen Rechte bei einigen der gesetzlichen Eide keine Beweisung zuliess, weil ich das gemeine Recht behandle.

misslungener Beweisführung den referirten Eid zu schwören gestattet sei.*)

Die Zulassung dieses Instituts neben gesetzlichen Eiden ist nun nie von grosser Bedeutung für das gemeine Recht geworden. Die früher hin und her schwankenden Ansichten sind in neuester Zeit dahin geeinigt, dass nach gemeinem Recht bei solchen Eiden keine Gewissensvertretung stattfinde, obgleich die Praxis sie doch zulassen wird. Ich lasse die Frage aussenvor (weil ihr zu folgen meine Arbeit doppelköpfig machen würde) und wende mich zum Schiedseid zurück.

§. 15.

Es hatte also wem der Eid deferirt wurde die Wahl, ob er schwören oder beweisen wolle; war der Eid de facto alieno deferirt, so stand ihm überdies die Relation zu. Aber beides, Relation wie Gewissensvertretung behalten den Charakter eines Ausweges, der Delat kann sich durch die Anwendung des einen oder andern von seiner Eidespflicht befreien, aber die Eidesleistung und die Pflicht zu ihr steht immer noch im Vordergrund. Alle Erkenntnisse jener Zeit gehen unmittelbar auf die Eidesleistung und gestatten neben ihr die Aushülfe entweder der Relation oder der Gewissensvertretung. Weil man an diesem altdeutschen Grundgedanken festhielt, deshalb bedurfte es auch von Seiten des Delaten nicht etwa einer Erklärung, dass er den Eid annehmen wolle. Seine Pflicht zur Leistung stand ohnehin fest, und wenn er also schwieg, so lag darin nichts weiter als ein Verzicht auf die ihm zu Gebote stehenden Auswege. Wollte er von denselben Gebrauch

*) Consult. Saxon., I, 1, 65.

machen, so musste er diesen Willen vor Ablauf der ihm zur Leistung des Eides gesteckten Frist bethätigen.

Dadurch gewinnen wir einen wohl zu beachtenden Unterschied zwischen der Eidesannahme nach sächsischen und gemeinem Recht. Im gemeinen Recht war die Eidesdelation die Proposition eidlicher Erledigung, welche nach den Grundsätzen über Vertragsschliessung in continenti angenommen werden musste. Erst diese Annahme band die Paciscenten, sie gab ihnen die entsprechenden Rechte und Pflichten, bis zu ihr hin konnte die Proposition wirkungslos gemacht werden durch einfache Rücknahme. Die Annahme hat also hier einen positiven Charakter, sie schafft die Pflicht zur Eidesleistung. — Anders im sächsischen Recht. Hier war der Deferent an die getroffene Wahl gebunden, er machte durch die Eidesdelation nicht etwa eine Proposition, sondern er brachte gegen den Delaten eine gesetzliche Nothwendigkeit in Bewegung, welche nun ohne sein Zuthun, seiner Macht entwachsen, die Sache zu einem Abschluss hinausführte, indem sie den Delaten zwang zu schwören, wenn er nicht durch einen der beiden Auswege sich dieser Pflicht zu entschlagen im Stande war. Die Annahme hat also hier blos den Werth des Verzichts auf jene Auswege, sie hat einen rein negativen Charakter.

Hatte nun Delat nicht durch ausdrückliche Annahme oder etwa durch Relation sich der Gewissensvertretung beraubt, so stand ihm frei, bis zum Ablauf der Leistungsfrist den einschlagenden Beweis anzutreten. Gelang ihm derselbe, so hatte die Entscheidung natürlich keinerlei Bedenken, er wurde von der Eidesleistung und dem entsprechend von dem gegnerischen Anspruch entbunden. Wie aber, wenn die Gewissensvertretung ihm misslang?

Halten wir fest, dass im sächsischen Recht der De-

lat seine Verbindlichkeit zum Schwur nicht erst ausdrücklich anzuerkennen brauchte. Wenn man nun in unserm Falle ihm gestattete, sich der gesetzlich ihn treffenden Pflicht zu entziehen, indem er binnen gleicher Frist Beweis antrat, so subintelligirte man dabei, dass in dieser Beweisantretung der volle Beweis enthalten sei, dass nur faktische Schwierigkeiten hinderten, ihn sofort bloss zu legen. Stellte diese Auffassung sich im weitern Verlauf als irrig heraus, so lag doch gar kein rationeller Grund vor, die Schuld dieser Zögerung auf den Gewissensvertreter zu werfen, welcher den Eid vielleicht zur gehörigen Zeit geleistet haben würde, wenn nur die unverzügliche Benutzung der von ihm angegebenen Mittel ihm gleich gezeigt hätte, dass seine Beweisantretung ihn nicht zum Ziele führe. Wie sollte er nun Nachtheile aus einer von ihm nicht verursachten Verschleppung ziehen? — Man musste zurückgehen auf den Moment, wo man irrthümlich die Beweisantretung überschätzte, musste anerkennen, dass kein Grund in ihr gelegen, den Delaten von der Eidespflicht wirklich zu dispensiren, musste daher jetzt von ihm die Erfüllung seiner Pflicht verlangen.

Dieses Resultat suchten nun freilich die gleichzeitigen Schriftsteller anders zu begründen. Man sagte: der Kläger könne ja wählen, ob er Beweisung oder Eid anwenden wolle, das müsse also auch dem Beklagten freistehen. Ja dieser müsse sogar die getroffene Wahl ändern, beliebig vom Eid zum Beweis, vom Beweis zum Eid übergehen dürfen; denn der einzige Grund, bei dem Kläger solchen Wechsel zu verbieten, die Angelobung der Gewähr fehle bei ihm. Man liess daher auch anfangs dem Beklagten als Relaten selbst die Gewissensvertretung offen, und als man endlich, später wie für den Kläger die guaranda, für den Beklagten die getroffene

Wahl des Eides exclusiv machte, liess man den ersten Theil jener Argumentation stehen und suchte nach allen möglichen Gründen, um ihm die nachträgliche Eidesleistung bei misslungener Gewissensvertretung zu wahren. Unter welchen Gründen oben ansteht, dass der Delat den Eid doch eigentlich nicht recusirt habe, mithin noch zur Ausschwörung desselben zu lassen sei. Es wird sich später die geschichtliche Wichtigkeit gerade dieser Motivirung herausstellen, für jetzt zwingt mir nur diese Erscheinung die Ueberzeugung auf, dass der ganze Erklärungsversuch nicht aus eigener Kenntniss der Factoren entsprungen, sondern nichts als ein Raisonnement ist, um die vorhandenen Resultate mit einigen Scheingründen zu stützen. Kurz, man war mindestens einstimmig in Bezug auf jene Resultate selbst; es lag nach misslungener Gewissensvertretung dem Delaten ob, den Eid zu leisten.

Das belegen folgende Stellen:

Lat. Glosse zum Sachs. Ldr., lib. I, art. 6, in lit. i. in fine:

„Secus autem est in reo, cui perpetuo integrum est iusiurandum sibi delatum probationibus elidere et sufficientibus documentis purgare id super quo sibi fuit ab adversario delatum. Et dato, quod nihil relevanter probet, tamen nihilominus ad iuramentum regressum habet. Et hoc ita practicatur.“

Zobel in seinen differentiae etc., 34, No. 3:

„Et nota si alicui defertur iuramentum super eo, quod in iudicium deductum est, habet is hoc remedium, ut possit iuramentum sibi delatum probationibus relevare et ita quotidie observant practici, dum dicunt, das sie die berürten Gewissen mit beweisung vertreten wollen et hoc

iure expressum est et fundatum ut patet ex l. 11 a contrario sensu C. de rebus credit."

So schreibt Beust in seiner lectura in T. D., XII, 2, Wittebg. 1576, S. 17, No. 60:

„Et notandum est in foro Saxonico, wenn zu Rechte erkandt, das der beklagte sein gewissen mit der angemasten beweisung garnicht oder nicht genugsam vertreten, so halt man den stylum in pronunciando, das darauff kein condemnation erfolget, sondern wird gesprochen, das derwegen derselbige nochmals sein gewissen, dahin es jm gestalt, zu eröffnen schüldig ist. Et ita practicatur ut affirmat glo. lat. (cit.)."

Endlich heisst es in den Sächsischen Consultationen, I, I, 65:

„Quia hic non repudiavit iuramentum, sed eius loco plenam probationem et regularem inducere voluit, nec ab eo ortum habet delatio et denique non redit sua sponte sed per sententiam iudicis quae hoc imponit. Deinde hic est nulla acceptatio . . . ."*)

Wenn wir hier nun eine Gewissensvertretung mit nachträglicher Eidesleistung haben, so dürfen wir zweierlei nicht vergessen: einmal, dass diese nachträgliche

*) Vgl. noch Mauser, am ang. O., S. 140. Fast wörtlich gleichlautend in Schneidewin, comment., in §. 11, I. de act., IV, 6, No. 92. Petrus Termineus, Gerichtlicher Process des geschriebenen Rechts, Witebg. 1590, cap. 48. Leipziger Schöppen U., No. 25, in Zobel, different. Klingen von Steinau, sächsisches Landrecht, Thl. II, Rubr. „von Eidsleistung", fol. 60b. Matth. Colerus, decision. ed. Schultes, Lips. 1603, decis. 123, No. 12: „Auss den Acten so viel erscheinet, dass Beklagter sein Gewissen mit Beweisung nicht vertreten, derwegen ist er nachmals dasselbe auff den Grund der Klage zu eröffnen schuldig." Ueber den Werth edr Consultationen vgl. Schletter, die sächs. Constitutionen, S. 164.

Eidesleistung mit dem Begriff der Gewissensvertretung gar nicht zusammenhängt; fürs Andere: dass dieser Regress eine Pflicht ist. Denn das ist er. Nicht sua sponte kehrt der Delat nach misslungener Gewissensvertretung zum Eide zurück, sondern per sententiam iudicis; es wird ihm aufgegeben, sein Gewissen nochmals zu öffnen. Dass die citirten Stellen im Widerspruch hiermit zum Theil den Regress als Recht hinstellen, darf uns nicht irre leiten; sie thun das nur aus dem Gesichtspunkt, welcher allerdings ein Minimum von Recht hineinbringt, dass nämlich statt sofort sachfällig zu sein, der Gewissensvertreter noch den Eid leisten darf. Die geschichtliche Entwickelung stellt den Charakter des Regresses ausser Zweifel, er ist nicht eine Begünstigung des Gewissensvertreters, er ist nothwendig, und sein Eintritt so selbstverständlich, dass mehrere sächsische Juristen ihn einer selbständigen Aufführung nicht einmal für bedürftig halten.*)

§. 16.

Halten wir hier einen Augenblick inne, um uns das Verhältniss dieses Instituts zum gemeinen Recht zu vergegenwärtigen.

Nach gemeinem Rechte sollte dem Delaten erlaubt sein, den Eidesantrag zurückzuweisen, und statt dessen die Erledigung der Streitfragen durch seinen Beweis herbeizuführen. Es war ihm in solchen Falle die Recusation des Eides gestattet, ohne dass er dem gewöhnlichen Präjudiz verfallen wäre. Der Erfolg in der Hauptsache hing vielmehr von dem Erfolg seiner Beweisführung ab, welche dem Eide vorzuziehen als iusta causa recusandi

*) Vgl. die citirten Schriften von Mauser, Schneidewin, Goldstein, Termineus, Klingen, Berlich.

galt. Aber dies Beweiserbieten blieb immerhin eine Recusation; es war daher schlechtweg unmöglich auf den deferirten Eid zurückzukommen, dieser war und blieb recusirt.

Hätte man diesen Gedanken ins sächsische Recht hinüber genommen, so wäre die nothwendige Folge gewesen, dass auch im sächsischen Rechte kein Regress zum Eide existirt hätte. Man bildete aber, gestützt auf den Gedanken der Eidessubsidiarität, das Institut völlig selbständig aus, und nur bei dieser selbständigen Ausbildung konnte man dahin kommen, den Regress aufrecht zu erhalten. Es war der Regress die nothwendige Consequenz davon, dass man eine Beweisantretung genügen liess. In dieser Beweisantretung liegt der eigentliche Schwerpunkt des sächsischen Instituts gegenüber dem gemeinrechtlichen Beweiserbieten; während letzteres einen peremptorischen Charakter, den der Recusation hatte, wirkte das sächsische Institut dilatorisch oder besser: provisorisch, es suspendirte die Alternative: Schwören oder Bekennen.

Es wird im Lauf der Untersuchung sich die Gelegenheit darbieten, für diese Auffassung gleichsam die Probe zu machen. Hier musste ich nur davor warnen, als ob die Wahl der Gewissensvertretung zu identificiren sei mit dem gemeinrechtlichen Angebot des Beweises. Die Wahl der Gewissensvertretung ist vielmehr gar kein selbständiger Akt, keine Erklärung, sonst hätte es genügen müssen, wenn diese binnen der Eidesleistungsfrist abgegeben wäre; sie ist nur enthalten in der Beweisantretung und tritt äusserlich gar nicht hervor. Wir dürfen den gewaltigen Unterschied beider nicht verwischen, selbst dann nicht, wenn wir durch die Allegate der sächsischen Juristen dazu verleitet werden.

Denn dass man dem allgemeinen Streben eines An-

schlusses an das gemeine Recht auch hier folgte und nach einer Uebereinstimmung zwischen diesem und dem sächsischen suchte, das ist erklärlich, insbesondere da die Aehnlichkeit zwischen beiden Instituten doch offenbar eine mehr als oberflächliche ist. Handelte es sich doch in beiden um einen Ausfluss eines und desselben Gedankens: der Eidessubsidiarität; war doch in beiden dieselbe Frage, ob man nicht dem Eide durch Beweisung entgehen könne. Kein Wunder, dass man die verschiedene Gestaltung so zu sagen abzog, sich nur an jene übereinstimmenden Seiten hielt, und für die gemeinrechtliche Recusation ohne Bedenken den Namen „Gewissensvertretung“ in Anwendung brachte. Dass freilich der Regress mit dem gemeinen Recht nichts zu schaffen habe, darüber täuschte man sich nicht; wir finden ihn vielfach als beneficium iuris saxonici ausdrücklich bezeichnet *); aber die Zulassung der Gewissensvertretung suchte man mindestens durch die Anziehung derjenigen Romanisten zu stützen, welche eine Recusation gestatteten, oder man citirte gleich ihnen Quellenstellen, welche nur den Gedanken der Eidessubsidiarität, der nicht zu tadelnden Scheu vor dem Eide aussprachen. Es würde viel Mühe ohne Nutzen verwandt sein, wollte ich auch nur eine Zusammenstellung der Schriftsteller geben, welche auf die uns ohnehin schon bekannten Gesetze recurriren. Nur ein Paar Beispiele mögen den Geist zeigen, in welchem es geschah.

Matth. Wesembec in seinem Commentar zu den Pandekten (Col. 1650, ad XII, 2, No. 9) behauptet die gemeinrechtliche Zulässigkeit der Gewissensvertretung

---

*) Vgl. Moller, ad constit. elector., I, 14, No. 7 u. 9. Ejusd. Semestrium libri quinque, Lips. 1631, III, cap. 3, No. 7. Franzke, commentar. ad T. D., XII, 2, No. 119.

(d. h. der Recusation wegen Beweiserbietens). Er citirt dafür König, cap. 66. In dem Capitel ist nur die allgemeine Eidessubsidiarität gelehrt. Muther, S. 124, dem dies Citat? ist, hat nur zu viel in ihm gesucht; wir wissen von den Romanisten her, welcher Werth auf diese Citate zu legen ist.

Rauchbar, quaest., pars II, qu. 3, bekämpft den Widerspruch derer, welche keine „Gewissensvertretung" zulassen. Er stützt sich hauptsächlich auf die Stelle des Jason im Institutionencommentar und auf l. 30 D. u. T., von welcher er No. 23 ganz naiv sagt: „Quod non modo in actionibus, quae inficiando crescunt, sed in quibuscunque recte observabitur."

Franzke in seinem Pandekten-Commentar citirt Bartolus, Jason, Faber und die Sachsen durch einander. — Ja sogar die Consultationen knüpfen an die gemeinrechtliche Frage an; I, 3, qu. 1 heisst es:

> „Wir wöllen allhier nit disputiren, Ob der Beklagte, wann jhm die Klag in das Gewissen gestellt, stracks zu schweren schuldig, oder sein Gewissen vertretten könne, denn Jason, Franc. Curtius etc., ad leg. manifestae concludunt reum debere praecise iurare et quod ad probandum non sit admittendus. Cuius contrarium in nostro foro observatur, sicut etiam Canonistae hanc nostram practicam defendunt per text. l. 8, de cond. inst."

Und am weitesten getrieben ist diese Vermengung bei Beust. In seiner lectura in T. D. de iureiur., XII, 2, S. 17, No. 60, sagt er:

> „Est autem iusta causa (recusandi) quando ille cui defertur iuramentum, offert se conscientiam suam exoneraturum probationibus. Wenn sich der beklagte erbeut, das er sein gewissen dahin

es jm gestalt mit beweisung vertreten wolle. Tunc enim debet audiri et ad talem probationem admitti. Pro qua sententia est bonus textus in cap. 2, X. de probat."

Diese Allegation des cap. 2, X, welche neben Bartolus zur l. 14, §. 3, Cod. de n. numerat. pec. und Jason, ad §. 11, I. de actionibus häufig auftritt, hat für uns nichts Ungewöhnliches. Interessant ist die Ausführung von Beust nur dadurch, dass sie vom Recusationsgrund ohne Weiteres in die sächsische Gewissensvertretung hinüberspringt, eine contradictio in adiecto.*)

§. 17.

Ehe wir nun auf die gesetzliche Redaction unseres Instituts eingehen, müssen wir noch eine Frage näher erörtern, welche ebenfalls in der Praxis jener Zeit verhandelt wurde. Wenn nämlich der Eidespflichtige die Gewissensvertretung zur Hand nimmt, ist dann dem Gegner gestattet, den Gegenbeweis gegen dieselbe zu führen?

Wir müssen uns erinnern, dass wir es mit einer Beweistheorie zu thun haben, welche freilich materiell construirt, aber innerhalb des leitenden Gedankens: iudici fit probatio wiederum mit solchen Regeln ausgestattet ist, dass im gegebenen Falle die richterliche Ueberzeugung durch den ihr auferlegten Zwang doch eigentlich zur formalen wird. Bei solcher Doctrin ist es möglich, die Parteibehauptungen dergestalt zu sondern, dass die Wahrheit und die Unwahrheit desselben Factums aus-

*) Man verzeihe mir die chronologische Unordnung in diesen Citaten; es kam mir nur darauf an, die Begründungsversuche im Interesse des Lesers möglichst kurz zu charakterisiren.

einanderfallen und der Richter den Hauptbeweis getrennt von dem unmittelbaren Gegenbeweis prüft. Nun ist auf den ersten Blick klar, wie ausserordentlich dann der zuletzt Redende bevorzugt ist. Selbst wenn beide Parteien, die nach einander das Wort über die Begründung ihrer Behauptungen erhalten, den formalen Bedingungen der Beweisführung völlig Genüge thun, ist doch der Probat im Vortheile; denn seine Beweisgründe können nicht durch Vorlegung anderer vom Gegner angegriffen werden. Bei natürlicher Gegenbeweisführung liegt diese Auffassung unserm Gerechtigkeitsgefühle nicht fern; allein einen harten Druck kann sie enthalten, wenn der Probat die Unwahrheit der jenseitigen Behauptungen auf künstlichem Wege darthut; ein Druck, welcher dem Probanten nur dadurch erleichtert ward, dass ihm durch seinerseits gestellte Fragen freistand, die Kenntniss der jenseits producirten Zeugen mindestens in Bezug auf die Artikel erschöpfend zu ermitteln, und dadurch die Beweisführung des Gegners so weit ihm möglich war zu einer aufrichtigen zu machen. So weit ihm möglich, — denn auch hier waren die Gränzen eng und lästig, weil die Fragstücke sich an die jenseits aufgestellten Artikel anschliessen mussten.

Wenn also der Kläger mit dem grössten Erfolg seinen Beweis führte, er verlor trotzdem, sobald der Beklagte den Gegenbeweis lieferte, indem er z. B. durch die Aussage von zwei klassischen Zeugen den Richter zwang, auf seine Seite zu treten.

Deferirte nun der Kläger, statt den Beweis anzutreten dem Beklagten den Eid, so war sein eigentlicher Zweck nach der Auffassung der gemeinrechtlichen Juristen, die Beweislast von sich abzuwälzen; wir sahen, dass die kirchliche Lehre es hinderte, der römischen Vergleichsauffassung zu folgen. Erreichte der Kläger diesen

Zweck, so musste er seinerseits zufrieden gestellt sein, mochte die Sache gehen welchen Gang sie wollte. Wenn man nun dem Beklagten gestattete den Eid zu recusiren und sich der gewöhnlichen Beweisführung zu bedienen, so konnte nicht davon die Rede sein, den Kläger zu einer Gegenbeweisführung zuzulassen. Er seinerseits hatte sich bereit erklärt, der eidlichen Aussage des Gegners zu weichen; lieferte der Gegner statt dessen einen regelmässigen Beweis, so war es nicht vom Ermessen des Deferenten abhängig, ob er solchem Beweise weichen wollte. Er hätte das auf alle Fälle müssen, selbst dann, wenn er auf ordentlichem Wege seinen Beweis erbracht gehabt hätte. Ihm war also durch die Beweisführung des Beklagten nur eine noch grössere Garantie gegeben und die Begünstigung des Delaten, welche diesen gegen Eidesdruck sichern sollte, wäre in das gerade Gegentheil umgeschlagen, hätte man dem Deferenten gestatten wollen, sich unter der Firma eines Gegenbeweises gegen den Beweis des Recusanten in diejenige Stellung zu drängen, welche bei der Sonderung von Haupt- und Gegenbeweis die entschieden günstigere war. Nur das musste ihm freistehen, die Zulässigkeit und Relevanz der jenseitigen Mittel anzugreifen und einem in sich fraudulosen Beweise seinerseits zu begegnen durch Fragen, welche die Aussagen der Zeugen verständlich machten oder als widersprechend herausstellten.

So weit das gemeine Recht. Es ist mir kein directes Zeugniss dafür aufgestossen, aber ich halte auch ein solches bei der Einfachheit der Frage nicht für erforderlich. Im sächsischen Rechte hatte man zur Verfolgung des gleichen Gedankenganges noch ganz besondere Gründe; denn auf der einen Seite hatte man das singuläre Institut der Gewähr, welche eine nachträgliche Aenderung der getroffenen Wahl ausschloss, man war

also gezwungen, schon deshalb dem Kläger eine Gegenbeweisführung gegen die Gewissensvertretung nicht zu gestatten, weil durch solche die exclusive Stellung der Gewähr illudirt wäre. Auf der andern Seite hatte das sächsische Recht in dem Regress zum Eide eine besondere Veranlassung, die Frage so zu entscheiden; denn die Zulassung eines Gegenbeweises hätte offenbar den Regress in Frage stellen müssen, weil der Eid dann vielleicht ob metum periurii nicht hätte geleistet werden dürfen. — Dass man trotz dieser neuhinzutretenden Gründe doch ins Schwanken gerieth, das zeigt nur, wie ausserordentlich überlegen die andringenden Ideen den Menschen waren.

In der ersten Wittenberger Controversensammlung vom Jahre 1569 oder 1570 *) werden uns über diesen Punkt drei Ansichten vorgeführt.

1) Der Gegenbeweis sei nicht zulässig, denn der Kläger dürfe nicht variiren und der Beklagte habe das Regressrecht, welches ihm durch jenseitige Beweisführung nicht entzogen werden dürfe.

2) Der Gegenbeweis sei zulässig, denn Beweise seien möglichst zu begünstigen, und hier noch aus dem besondern Grunde, weil durch den Beweis des Deferenten vielleicht ein Meineid des Delaten verhindert werde.

3) Regelmässig sei der Gegenbeweis unzulässig; ex iusta causa aber müsse er gestattet werden, z. B. wegen inzwischen gefundener Beweismittel, unglaubwürdiger Zeugen der Gewissensvertretung u. s. w.

Diese dritte Meinung war von den Wittenbergern angenommen; allein auf dem 1571 zu Leipzig abgehaltenen Convent erlitt die Frage eine andere Redaction. In den

*) Vgl. Consultat. Saxon., I, 3, qu. 1. Schletter, am. ang. O., S. 49, 153 u. fg.

sächsischen Consultationen, II, 3, qu. 1, wird erklärt, dass die Schöppenstühle indistincte keinen Gegenbeweis zuliessen **ad merita causae**; Kläger möge es sich selbst zuschreiben „cum omisso iuramento viam probandi non elegerit“.

Diese letzte Meinung, welche in ihrer Begründung offenbar an die l. 30 D. u. T. erinnert, führt uns in den gesperrt gedruckten Worten etwas ganz neues vor. Die Schöppen wollen den Gegenbeweis ad merita causae nicht zulassen, und auch die in der Wittenberger Sammlung sub 3 mitgetheilte Meinung redet von einem Gegenbeweise, der gegen die Glaubwürdigkeit der Gewissensvertretungszeugen gerichtet ist. In späterer Zeit tritt uns diese Lehre wieder und mit grösserem Werth, weil mit gesetzlicher Anerkennung entgegen; hier genügt es daher, darauf aufmerksam zu machen, dass man jedwedes Handeln des Probaten als einen Gegenbeweis auffasste und durch den Ausschluss des Gegenbeweises ihn zum völligen Stillschweigen verurtheilt hielt. An beiden Stellen wird das Angreifen der Beweisführung als Gegenbeweis bezeichnet; in der Wittenberger Sammlung, indem man solchen „Gegenbeweis“, der die Unglaubwürdigkeit der Zeugen bloss legt, ausdrücklich gestattet; in der andern Stelle, indem man denselben Gedanken durch den Ausschluss der „Gegenbeweisführung“ ad merita indirect ausspricht.

§. 18.

Im Jahre 1572 erfuhr dann unser Institut die erste gesetzliche Anerkennung. Die Constitution, I, 14 (vgl. I, 12), lautet:

> „Dieweil dem Kläger gebühret, demjenigen so er einmal selbst erwehlet und beliebet, nachzusetzen, auch dissfalls dem Beklagten der Rechten Wohl-

that nicht zu nehmen ist, sintemal derselbige, da er gleich zu Vertretung seines Gewissens keine genugsame Beweisunge verführet, gleichwohl der gemeinen Prackticken nach den Eyd nochmals schweren kan, so soll auch dissfalls der Kläger mit keiner Gegenbeweisung zugelassen, sondern dieselbige ihme stracks ohne Mittel aberkannt und abgeschlagen werden. Dessgleichen soll es auch gehalten werden, wenn Klägern der Haupteyd von dem Beklagten referiret wird, Nemlichen, dass er auch in solchem Fall gantz keine Beweisung zu Vertretunge seines Gewissens oder zu Ergründung seiner Klagen führen möge, sondern den referirten Eyd stracks zu leisten schuldig sey."

Es wird nicht nöthig sein zum Verständniss des Gesetzes etwas beizufügen. Nur auf einen Punkt möchte ich aufmerksam machen.

Offenbar ist es nicht die Absicht des Gesetzgebers, die Existenz der Gewissensvertretung durch diese gesetzliche Anerkennung ausser Zweifel zu stellen. Es hatte Niemand gegen die Zulässigkeit des Instituts etwas einzuwenden. Daher hält denn auch die Constitution, den sächsischen Consultationen folgend, eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung für überflüssig und wendet sich gleich zu der Frage, ob ein Gegenbeweis zulässig sei. Die Beantwortung wird gegeben von dem Gesichtspunkt aus, dass die Gewähr exclusiv dastehe, dass demnach ein Rückgreifen zur Beweisung dem Deferenten weder als Relaten noch im Wege des Gegenbeweises gestattet werden könne.

Fassen wir nun die Vorarbeiten zu den Constitutionen ins Auge und unsere oben S. 125 gegebenen Ausführungen zu denselben, so erscheint es mir eigentlich

unzweifelhaft, dass mit diesem Verbot des Gegenbeweises, welcher „stracks ohne Mittel“ aberkannt werden soll, dem Deferenten völliges Schweigen auferlegt wird, denn man hielt ja schon das Einreichen (um es kurz zu sagen) der interrogatoria generalia für einen Gegenbeweis. Für die Praxis aber war dies Verbot entweder nicht scharf genug gefasst, oder sie ignorirte es absichtlich; denn es wird sich zeigen, dass die Frage nicht hiermit abgeschlossen war.

Aus diesem Zweck der Constitution, eigentlich nur die Stellung des Deferenten zu reguliren, erklärt sich denn auch die Erwähnung des Regresses zum Elde als eines dem Gewissensvertreter zustehenden Rechts. Es handelt sich nur darum, aus dem Regress die Seite zu betonen, welche den Deferenten zum Schweigen zwingt. Insofern ist der Regress allerdings ein beneficium; in der Hauptsache werden wir deshalb nicht vergessen, ihn als Pflicht anzusehen.

§. 19.

Ehe wir weiter gehen, ziemt ein Rückblick. Wir sahen, dass die christliche Auffassung die Subsidiarität der Eide schuf. Die beiden Stellen des Sachsenspiegels wurden die Achillesferse des altdeutschen Beweisrechts, an ihnen setzt das fremde Recht seine Hebel an. Schon die Glosse hat die gewöhnliche Beweisung in erster, den Eid in zweiter Linie. Verschiedene Motive führen dahin, durch die Beweisantretung die Alternative Schwören oder Bekennen zu suspendiren, und die sächsischen Juristen, über die Eigenthümlichkeiten weder des sächsischen noch des gemeinen Rechts völlig im Klaren, bringen die beiden Institute: die sächsische Beweisantretung und das gemeinrechtliche Beweiserbieten mit einander in eine mehr oder minder innige Beziehung,

ohne aber jemals aus dem Auge zu verlieren, dass die Pflicht nachträglicher Eidesleistung ein blos sächsischrechtliches Institut sei.

Was nun aber die Zeit anlangt, in welcher diese Gewissensvertretung ausgebildet wurde, so bin ich allerdings ausser Stande, sie genau zu bestimmen. Mit einiger Sicherheit lässt sich wohl der Anfang des sechzehnten Jahrhunderts als die Entwickelungsperiode hinstellen. Das älteste Zeugniss, welches unmittelbar die Zulässigkeit ausspricht, ist m. W. das von Mauser, dessen Werk nach der Vorrede 1569 erschien.*) Ihm ist es aber schon um eine romanisirende Rechtfertigung zu thun für ein in der Praxis existirendes Institut, welches er gewiss ausführlicher mit Gründen zu belegen gesucht hätte, wenn es ihm gleichsam unter den Händen entstanden wäre. Dass König, Goden und Rotschitz desselben keine Erwähnung thun, halte ich andererseits für gar kein Zeugniss. Sie alle lehren die Subsidiarität des Eides und diese brachte die Gewissensvertretung ohne Weiteres mit sich; sie gestatten ferner die Recusation des Eides, im Falle des Nichtwissens, auch unter dieser Aeusserung kann die Gewissensvertretung versteckt liegen; sie sind endlich der Meinung, dass de iure der sächsische Process in der Positionsform abgewickelt werden müsse, und konnten daher leicht eine ausdrückliche Behandlung der Frage umgehen. Diese Gründe nehmen ihrem Schweigen, scheint mir, jeden Werth, sie würden sogar genügen ihre entgegenstehende Ansicht zu entkräften. Aber wie gesagt, ich glaube, dass schon zu ihrer Zeit die Gewissensvertretung exi-

*) Mauser starb aber schon 1539 laut der Vorrede.

stirte; ich stütze mich für diese Auffassung auf den Umstand, dass sonst schwerlich ein Kampf unter den sächsischen Juristen gegen die bestreitende Ansicht unterblieben wäre, wogegen Wesembec (s. S. 120 if.) für die Zulässigkeit selbst im gemeinen Recht sich ausdrücklich auf König beruft, und Prietzen den König'schen Process 1599 ohne Bemerkung herausgegeben hat. Ist endlich meine Ansicht richtig, dass die Gewissensvertretung schon vor der Relation entstanden, so bekräftigt auch das meine Auffassung, da die Relation diesen Schriftstellern schon bekannt ist. *)

---

*) Eine andere Ansicht stellt jetzt Muther auf. S. 113 u. 123: Die G.-V. sei zwischen 1530 u. 1540 in Sachsen ausgebildet. Er stützt sich dafür auf das Schweigen jener Schriftsteller (räumt ein, dass dieses Argument sehr leicht wiege), und auf Mauser. Dieser fragt am ang. O.: Ob Delat sich zum Beweise erbieten dürfe „sicut quotidie fit?“ Nachdem er die Frage durch Allegation der bekannten Stellen bejaht, die vermeintliche Ansicht des Bartolns, ad l. 14, §. 3 C., gegenüber Jason als aequior bezeichnet, allgemeine Gründe dafür angeführt hat — sagt er: „Et sic vidi saepius sententias conceptas esse“ und nun meint Mnther (S. 113): „Wir erkennen aber auch, dass die fragliche Praxis zur Zeit Mauser's noch in ihren Anfängen sich befand, denn während die G.-V. «sehr häufig» (quotidie) verlangt wurde, erinnert sich der vielerfarene Practiker nur, dass «öfter» (saepius) Erkenntnisse zu Gunsten derselben ergangen sind. Und nun lässt sich wol schliessen: Das Verlangen der Parteien nach G.-V. ist gleichsam ein Ausläufer der durch Eindringen des Römischen Rechts unterbrochenen Entwicklung des neueren deutschen Beweisrechts. Das Volk (die Parteien) hatte nicht aufgehört, den Eid (das Losschwören) als Recht zu betrachten. Da ihm nun aber auch in Folge der Umgestaltung des Beweisrechts das Gezeugniss (und in der Folge auch der Beweis durch Urkunden u. s. w.) als höhere, schwerer zu beschaffende Garantie erschien, wie der Eid, musste sich notwendig die Anschauung Ban brechen, dem zum Losschwören Berechtigten möge es billigerweise nicht versagt werden, anstatt des Eids andere Beweismittel zu benutzen, um der Klage zu entgehen. Bei den Sächsischen Hofgerichten konnte diese Auffassnng nicht auf erheblichen Widerstand

§. 20.

Wir sahen im Vorigen, dass durch die Constitutionen eine umfassende Regulirung unseres Instituts nicht geschaffen, dass vielmehr im Wesentlichen nur die Stellung des Deferenten Gegenstand der Gesetzgebung war. Es bildeten daher die Juristen die Frage weiter fort, und zu den bereits dargestellten will ich nur noch im Vorübergehen die Streitfrage erwähnen, ob der vom Deferenten zu leistende Calumnieneid vor der Gewissensvertretung oder erst vor der Leistung des Eides gefordert werden dürfe. *)

So schichtete sich genug des Materials auf, welches dann in der alten Processordnung vom 28. Juli 1622 seine Erledigung fand. Ich muss das Gesetz des Zusammenhangs halber hier einschalten dürfen.

---

stossen; die Mehrzahl der Beisitzer waren ungelehrte Adelige, also Angehörige des Volks, bei welchen selbst die einheimischen von ihren Vätern ererbten traditionellen Rechtsanschauungen fortwirkten. Grade in Bezug auf unsere Frage werden auch die rechtsgelehrten Mitglieder jener Gerichte sich den Forderungen Germanischen Volksgeistes gegenüber willfärig genug erzeigt haben, da sie glaubten sich auf eine Autorität wie Bartolus berufen zu können, wenn sie auch wussten, dass die Sache nach Römischem Recht mehr als zweifelhaft und die communis Doctorum opinio gegen G.-V. sei."

Auf den materiellen Inhalt der Muther'schen Ansicht brauche ich hier nicht einzugehen, da das eine Wiederholung meiner Textesausführung sein würde. — Ich glaube Mauser hätte gern beide Male quotidie oder saepius gesetzt, hätte er das fürchten können.

*) Vgl. Goldstein, Enchiridion proc. iud., Frcf. 1568, S. 45. Schultes in der Ausg. von Goldstein, 1611. Petrus Termineus, gerichtlicher Process, cap. 48, S. 207. Teuber, Instruction cit., cap. 18, fol. 137[b], 139[b], 140. Rauchbar, am ang. O., II, qu. 10, No. 7. Franzke, am ang. O., No. 119. Moller, ad constit. elect., I, 14. Semestr., III, cap. 3. Petrus Heigius, quaestiones cura Person., pars II, qu. 4, No. 37.

Tit. XIX.

Von Vertretung derer Gewissen.

„Wann einem von seinem Gegentheil der Eyd deferirt wird, und er wolte sich des Eydes zuledigen, sein Gewissen mit Beweisung vertreten, soll ihm solches nachgelassen seyn, wann er ihm gleich dasselbe vor dem Urthel, darinnen ihme der Eyd aufferlegt wird, nicht bedinget hätte, noch in dem Urthel, welches seine Krafft erreichet, ausdrücklich vorbehalten worden wäre; Jedoch dass er sich dessen innerhalb acht Tagen, nachdem das Urthel in seine Krafft gangen, erkläre, auch hernach binnen Sächsischer Frist die Beweis-Artikul einbringe und anders thue, was als hernach bemeldet einem Zeugenführer oblieget und zustehet. Dieses aber soll dem, welcher den Eyd anfänglich deferirt, post acceptationem oder da ihm derselbe referirt und wieder heim geschoben worden nicht verstattet, sondern er, weil er ihm einmal den Weg des Eydes belieben lassen, zur Beweisung weder directo noch per indirectum, etwa mit Einschiebung Brieff-licher Uhrkunden zugelassen, wie auch der, welchem der Eyd deferirt, wann er denselben einmal acceptiret, mit der Beweisung ferner nicht gehöret werden.“

§. 2.

„Wann nun einer sich, wie bemeldt, der Beweisung zu Vertretung des Gewissens anmasset, soll seinem Wieder-Part vermöge vielgedachter unsers Gross-Herr Vaters Constitution keine Gegen-Beweisung verstattet, und wo der Zeugenführer

dasjenige, was er schweren sollen, wie recht erwiese und dadurch sein Gewissen verträte mit dem Eyde ferner verschonet und von der Klage absolvirt werden: Wenn er es aber nicht genugsam erwiese, alsdann vermöge gemeiner Practicen dieser Lande den deferirten Eyd nochmahls zu schweren schuldig seyn, welcher Regress auch in Juramentis legalibus, als wann einem in Manglung eines zu Recht beständigen Inventarii, vermittelst Eydes Res haereditarias zu specificiren aufferlegt wird und andern dergleichen Fällen, darinnen die Vertretung des Gewissens statt hat, observirt werden soll: Würde sich auch einer in vorbesagten Fällen, da der Beweiss ad evitandum iuramentum zulässlich, desselben anmassen, Articul übergeben, pendente probatione versterben und die Erben Litem reassumiren, auch den Beweiss verführen, aber dass sie nicht erwiesen erkannt werden, sollen sie nicht weniger nochmahls zu dem Juramento Credulitatis ihren Regress haben, iedoch in nechst beyden Fällen auf des Deferenten vorgehenden Eyd für Gefährde, den er aber nicht ehe zu leisten pflichtig, es sey dann die Beweisung, deren sich der andre Theil zu Vertretung derer Gewissen angemasset, gäntzlichen erlediget. Da aber derjenige, so sich an statt des Eydes einer Beweisung angemasset, sich daran versäumet, soll er ferner zur Eydesleistung nicht gelangen: Also auch, wann einem das Juramentum purgatorium zuerkannt wird, als: in Injurien-Sachen, dass der Beklagte Animum injuriandi nicht gehabt, oder dass er solches beweisen solte, er versäumet sich aber am Beweiss, soll er hernach zu dem Juramento nicht zuge-

lassen, sonsten aber und ob er gleich sein Intent nicht bewiesen hätte, ihme dennoch das Juramentum purgatorium verstattet werden."

§. 3.

„Es hat sich auch ehemals in facto begeben, dass einem Beklagten die Klage in sein Gewissen Wissenschaft und Wohlbewusst gestellet worden und er sich sein Gewissen mit Beweiss zu vertreten angemasst; weil er aber plene und so viel nicht erwiesen, dass er dadurch von der Klage hätte entbunden werden können, sondern allein so viel ausgeführet, dass ihme das Juramentum in Supplementum zu schweren durch ein Urtheil zuerkannt worden, er aber die bestimmte Zeit nicht in acht genommen, sondern sich an solchem Eyde versäumet und darauff Todes verfahren; Ist daher, zwischen denen Erben und dem Kläger die Quaestio entstanden: Ob auch die Erben nunmehr den, dem Defuncto deferirten Haupt-Eyd zu schweren zugelassen werden sollen? Damit nun auch dieser Passus seine Richtigkeit habe, ordnen Wir, wann die Versäumniss allein an dem Juramento suppletorio, welches in solchen Fällen Pars Probationis ordinariae ist und zu Vertretung des Gewissens gehöret, geschehen, dass sodann denen Erben nicht minder an statt des Haupt-Eydes das Juramentum Credulitatis zu schweren solle frey und bevor stehen."

Beginnen wir mit dem Schlussparagraphen, so zeigt uns derselbe, dass inzwischen die Gewissensvertretung auch nach den gewöhnlichen Regeln über unvollständige Beweisführung beurtheilt, ein suppletorium in ihr auf-

erlegt ist, welches als Theil der Gewissensvertretung anerkannt wird.

Nun müssen wir zuerst einem Irrthum vorbeugen, welcher durch die Fassung des §. 1 entstehen könnte. Es ist hier der Regress des Deferenten zur Beweisung, im Gegensatz zur exclusiven Gewähr des bisherigen Rechts, gestattet bis zur jenseits ergangenen Acceptation oder Relation. Dass dieser Regress nur untreffend unter den sächsischen Begriff der Gewissensvertretung fällt, bedarf nur der blossen Andeutung.

Im Uebrigen begegnen uns zum Theil bekannte Sätze. Die Annahme des Eides schliesst die Gewissensvertretung aus; ein Gegenbeweis gegen sie ist unzulässig; der Regress wird als Pflicht bezeichnet; im purgatorium ist die Gewissensvertretung in Bezug des animus iniuriandi gestattet. Dagegen erhalten wir folgendes neue Material zur nähern Erörterung.

Es soll die Gewissensvertretung rechtzeitig angetreten werden, ihre Desertion sonst die Präclusion der Eidesleistung zur Wirkung haben. Wie ist man zu dieser Bestimmung gekommen?

Hier zeigt sich nun eigentlich der praktische Werth der oben entwickelten Auffassung: dass die Beweisantretung im sächsischen Rechte den Schwerpunkt der Gewissensvertretung gebildet habe; nur von dieser Auffassung aus ist (soweit ich sehen kann) diese gesetzliche Bestimmung in innern Zusammenhang zu bringen mit den sonstigen Regeln. Wenn man nämlich die Eidesleistung aus dem Grunde suspendirte, weil binnen derselben Frist eine Beweisantretung vorlag, so folgte umgekehrt nothwendig, dass man die Versäumniss der Frist für die Beweisantretung als Versäumniss der Frist für die Eidesleistung auffassen musste. — Aus eben diesem Grunde folgt auch, dass der Verzicht und

die Desertion verschiedene Wirkung haben mussten. Denn entweder erfolgte der Verzicht binnen der Eidesleistungsfrist, dann war die rechtzeitige Leistung des Eides noch möglich, — oder der Gewissensvertreter verzichtete auf die bereits angetretene Beweisführung, dann gab er augenscheinlich blos den zu seinen Gunsten eingeführten Ausweg auf, und es war von einer Versäumniss des Eides nicht zu reden. Die Desertion hingegen musste Ausschluss des Eides bewirken; der Charakter des Instituts bringt diese Consequenz so zwingend mit sich, dass wir ohne jede gesetzliche Autorität ihre Existenz hätten behaupten müssen.

Wie wenig man von jedem andern Gesichtspunkt aus mit dieser Bestimmung anfangen kann, zeigt jetzt auch Muther. Er schreibt S. 266:

> „Dieser Satz scheint wenig consequent, denn man sollte erwarten, dass hier dasselbe eintrete, wie da, wo der angetretene Beweis zur GV. missglückt. Und in der Tat dürften wir es hier mit einer neueren positiven Satzung des Kursächsischen Rechts zu tun haben, denn nach gemeinem Sachsenrecht — wird uns schon von Richter unter Berufung auf ein Jenenser Hofgerichtsurteil von 1624 versichert — war es anders, indem da auch «deserta probatione» dem G.-Ver. Rückkehr zum Eid gestattet wurde.“

Nur die persönliche Autorität der sächsischen Juristen, meint Muther, habe diese positive Bestimmung der alten Processordnung aufrecht erhalten, in die Thüringischen Gesetze und das gemeine Recht übertragen. Der von Elsaesser und ihm folgend von Linde gemachte Versuch gegen diese Lehre aufzutreten habe „kein Glück gemacht.“ Muther selbst sucht dann mit einigen erschrecklich flachen Gründen die herrschende Lehre

als eine solche zu vertreten, für die sich „denn auch Manches geltend machen“ lasse, und ladet dadurch den Verdacht auf sich, als ob es ihm minder um eine scharfbegründete Durchführung des Instituts als um das „Glück machen“ zu thun sei.*)

*) S. 267 heisst es: „Und es lässt sich denn auch Manches für die herrschende Ansicht geltend machen. Wollte man den säumigen G.-Ver. nur dadurch strafen, dass man ihm die Befugniss zur Fortführung des Beweises abspricht, so würde eine poena contumaciae so gut wie nicht vorhanden sein. Es könnte Jeder, dem an Prozessverschleif gelegen ist, G.-V. wälen, ruhig die Frist ablaufen und sich contumaciren lassen, one etwas Erhebliches zu riskiren. Dies wäre aber nur ein äusserlicher, praktischer Grund noch nicht hinreichend, um den Vorwurf der Inconseqnenz von der Bestimmung der alten Sächsischen Prozess-Ordnung zu entfernen. Dieser wird erhoben von denen, welche die Fälle, wo der G.-Ver. seinen Beweis desert werden lässt, zusammenwerfen mit denjenigen, wo er einen Beweis von entscheidendem Resultat erbringt. Aber man übersieht, dass jene und diese himmelweit verschieden sind. Bei Letzteren zeigt G.-V. den Willen, den Eid überflüssig zu machen, das ihm das nicht gelingt, liegt ausserhalb seines Vermögens, er muss, damit die Sache entschieden werden kann, den nicht entbehrlich gemachten Eid noch ableisten. Anders bei Ersteren: Da erklärt Delat wol den Willen, den Eid überflüssig zu machen, aber er betätigt denselben durch nichts, ja seine Handlungsweise steht in gradem Widerspruch mit der Erklärung. Nun lässt sich weiter schliessen: Mit der Erklärung muss es Delaten kein rechter Ernst gewesen sein, er muss dieselbe bloss abgegeben haben um die Antwort auf den Eidesantrag vorläufig zu umgehen. Darin liegt aber streng genommen eine Verweigerung der Antwort und so rechtfertigt sich m. E. wol die Bestimmung, dass derjenige, welcher die gewälte G.-V. desert werden lässt, pro iurare nolente gehalten wird. Sachgemäss ist es aber auch, wenn dem Delaten, der zeigt, dass es ihm mit Wal der G.-V. Ernst gewesen ist und dass nur äussere Umstände ihn abhielten, sein Vorhaben in Ausfürung zu bringen, mittelst Restitution zu Hülfe gekommen wird.

Uebrigens wird Desertion des Beweises zur G.-V. sowol anzunehmen sein, wenn Delat den Beweis überhaubt nicht antritt, als wenn er erst nach Ablauf der ihm ge-

In Wahrheit ist jene Bestimmung die einfache Consequenz des Prinzipes der Beweisantretung und indem dieselbe nur von diesem Standpunkt aus erklärlich ist, wird sie zugleich zu bedeutender Stütze für die Richtigkeit meiner historischen Combination.

Diese Sachlage ändert sich auch selbstredend nicht dadurch, dass (wiederum eine neue Bestimmung) eine Erklärung auf den zuerkannten Eid binnen 8 Tagen a re iudicata gefordert wird. Die Gründe zu dieser Bestimmung liegen nahe. Es war bisher dem Delaten gestattet, die ganze Länge einer Sächsischen Frist hindurch stillschweigend zu verharren und dann am Ende kurz vor deren Ablauf zu erklären, dass er mit der Sache nichts zu thun haben wolle, sondern den Eid referire. Schon das war Grund genug; es konnte dadurch eine völlig nutzlose Verschleppung entstehen. Hinzu kam noch, dass man jetzt dem Kläger ein ius variandi bis zur Erklärung auf den Eid gestattete. Auch deshalb musste es wünschenswerth sein, Zeitfristen zu gewinnen, um nicht ins Unabsehbare hinein zu kommen.

Die Gesetzgebung konnte nun festsetzen, dass die Relation sub poena praeclusi binnen 8 Tagen a die rei iudicatae erklärt sein müsse. Man hätte so augenscheinlich aufs leichteste erreicht, dass durch diese kein Verschleif entstand und hätte andererseits an den historischen Traditionen der alten Eidespflicht und ihrem Auswege der Gewissensvertretung klar festgehalten. — Aber es wäre damit nicht der zweite Zweck erreicht worden, dem Deferenten zu irgend einer Zeit den Regress zur Bewei-

gebenen peremtorischen Frist den Antritt bewirkt." Dafür wird Schwendendörffer citirt. — (Der gesperrte Druck ist von mir.) — Dieselbe Argumentation hat schon Mart. Jacob Faber, diss. de eo quod iustum est, si consc. probat. defens. in probat. defecerit, Gött. 1775, §. 21.

sung abzuschneiden. Hierfür hätte man auch die Eidesannahme binnen dieser Frist verlangen, kurz die Erklärung auf den Eid befristen können. Hätte man das gethan, so wäre die nothwendige Folge davon die gewesen, dass nun auch eine Erklärung der Gewissensvertretung **entstehen**, dass auch diese binnen der gleichen Frist eingefordert werden musste, denn die Eidesannahme hätte sonst nach den uns bekannten Grundsätzen die Gewissensvertretung ausgeschlossen.

Es ist nun von grossem Interesse zu sehen, wie die historische Entwicklung durch die Maske der gesetzlichen Redaction hindurchblickt. Im Titel 18, §. 8, wird Delat befristet, binnen des octiduum fatale solle er „eigentlich erklären: Ob er den Eyd referiren, oder selbst schweren, oder sein gewissen mit Beweisung vertreten wolle. Würde aber derer keines von ihme geschehen, soll er mit **solcher Relation** ferner nicht gehöret werden“. — Offenbar ist hier einzig jener eben ausgeführte erste Grund berücksichtigt; des andern Bedürfnisses entsann man sich gleichsam erst später, und auch jetzt scheut man vor dem Postulat einer Eides-Annahme; man befristet nur die Gewissensvertretung und hält durch diese zeitliche Begränzung blos der beiden Auswege an dem Gedanken fest, dass die Eidesleistung, die Pflicht zu ihr in erster Reihe stand. Das einfache Schweigen des Delaten hat demnach noch immer die Wirkung, dass seine Eidespflicht besteht ohne die Möglichkeit der sonst ihm gestatteten Auswege, und nur auf diesem Umwege kommen wir dahin, dass auch für den Fall einfachen Stillschweigens des Delaten der Deferent nach Verlauf des octiduum nicht mehr variiren darf. Auch jetzt also hat die Eidesannahme des sächsischen Rechts ihren negativen Charakter nicht eingebüsst. (S. 114.)

So entstand also ein bisher völlig unbekanntes Insti-

tut, die Erklärung der Gewissensvertretung; aber daran müssen wir festhalten, diese Erklärung war nur erzwungen durch die Nothwendigkeit: die Relation und das ius variandi des Deferenten zu befristen. An dem Charakter der Gewissensvertretung wurde daher auch durch diese Erklärung nichts geändert; dass ihre Unterlassung die Präclusion der Gewissensvertretung mit sich brachte, war etwas blos Aeusserliches; die Gewissensvertretung selbst blieb, was sie gewesen: die Beweisantretung zur Abwehr eines Schwurs, und wir müssen uns wohl hüten, ihre Erklärung mit dem Beweiserbieten des gemeinen Rechts in irgend welchen Zusammenhang zu bringen.

§. 21.

So haben wir also durch die alte Prozessordnung einen sehr umfassenden Ausbau unseres Instituts erhalten, und nur eine Frage von hohem Interesse bleibt unentschieden, deren sich die sächsischen Juristen denn auch sofort mit verschiedener Meinung annehmen. Was sollte man unter dem Ausschluss des Gegenbeweises verstehen? Schon früher stiess uns dieselbe Frage auf, auch jetzt enthält das Gesetz keine Erledigung derselben; eine Erscheinung, die ich dadurch erklären möchte, dass die sächsische Praxis constant unter dem Ausschluss des Gegenbeweises das völlige Schweigen des Deferenten verstanden und dadurch das Schweigen des Gesetzes herbeigeführt haben wird. Indess unmittelbar nachher behauptet die Leipziger Juristenfacultät in einem 1624 gesprochenen Erkenntniss die Zulässigkeit der Interrogatorien. Die Sentenz wird zwar im folgenden Jahre vom Dresdener Tribunal reformirt, weil im Ausschluss des Gegenbeweises die Interrogatorien indirect mitgemeint seien: „quae articulis reprobatoriis non tantum simillima sunt,

sed plerumque ipsa reprobatio iisdem continetur, practica quotidiana docente", — die Leipziger Schöppen erklären zwar im Jahre 1624 sich ebenfalls für die Unzulässigkeit der Fragstücke*) und Joh. Georg Nicolai (in seinem processus iudiciarius, Jena 1666, cap. 43, No. 6), auch Christoph Langenn (in der Isagoge ad processum iur. civ. et Saxon. cur. Herold, Frcft. et Lpz. 1683, cap. 34, No. 19) sprechen sich für die Unzulässigkeit aller Interrogatorien aus — allein trotz alledem wird die Frage im Jahre 1661 gesetzlich erledigt, wahrscheinlich deshalb, weil man den Ausschluss auch der allgemeinen Fragstücke als eine zu grosse Härte erkannte. Dem entsprechend wurde denn unter dem 22. Juni 1661**) decidirt:

> „dass bei einer solchen Beweisung nicht allein keine Gegenbeweisung, sondern auch einige Interrogatoria in meritis und soviel die Hauptsache betrifft nicht angenommen, wider der Zeugen Personen aber zulässliche Interrogatoria verstattet, darbey aber alle Weitläufftigkeit abgeschnitten, die impertinent und auf die Sache selbst in meritis gerichtet seyn, also balden verworffen und das Werck allenthalben aufs beste beschleunigt werden soll."

Es muss uns nach dem Bisherigen sofort auffallen, dass dieses Gesetz die Verschiedenheit eines Gegenbeweises und der interrogatoria ausdrücklich anerkannt. Erfolgt also trotzdem der Ausschluss der letzteren, so muss der Grund dafür ein anderer sein, als welchen ich

*) Vgl. Carpzov, responsa iuris elector., Lips. 1709, lib. III, tit. 5, resp. 50, No. 10. Editio princeps 1649, nach Henning Witten, Memoria Ictorum, Frcft. 1676, S. 466.

**) Vgl. Codex Augusteus, I, S. 393, decis. 19.

bisher aufstellte. Die Lösung gibt uns Carpzov in der bereits angeführten Aeusserung: die Praxis zeige täglich, dass die Interrogatorien zur Gegenbeweisführung gebraucht würden. Man hatte in dem schematischen Verfahren jener Zeit es zu einer eigenen Kunst herangebildet, die Beweisartikel so zu formuliren, dass die Zeugen, zur kategorischen Antwort gehalten, nur dasjenige mittheilten, was dem Producenten günstig war. Dabei mussten die jenseitigen Fragstücke sich knapp an die Artikel anschliessen, sie durften nur diese näher beleuchten, nicht etwa besondere Umstände des Beweisthemas hineinziehen. Der Probat hatte also die ganze Last des Gegenbeweises schon für den Fall auf sich zu nehmen, dass er überhaupt nur die Wissenschaft der vom Gegner producirten Zeugen erschöpfend zur richterlichen Kenntniss bringen wollte.

Dieses Verhältniss musste nothwendig dahin führen, dass der Beweisführer stets den Versuchen des Gegners entgegen zu treten hatte, die Interrogatorien so zu stellen, dass sie ihm möglichst jene Last abnahmen. Versäumte der Probant die Ueberwachung, so konnte er am Schluss des Verfahrens die trübe Wahrnehmung machen, dass durch die zwischengeschobenen Fragen seine Zeugen in Widersprüche verwickelt, sein Beweis vernichtet war.

Gestattete man nun dem Delaten, einen Beweis zur Gewissensvertretung zum Versuch der Eidesablehnung zu führen, so kam hier zu den bisherigen Gründen noch der neue hinzu, dass dem Delaten sein Regressrecht gefährdet werden konnte, wenn man dem Gegner gestattete, Fragestücke aufzustellen. Man verurtheilte daher den Deferenten zur völligen Passivität, er hatte ja auf jedwede Beweisführung verzichtet.

Allein bei fortschreitender Entwickelung waren diese

banalen Vorschriften offenbar nicht fein genug. Die zweischneidige Durchführung der Verhandlungsmaxime gestattete dem Richter nicht einmal, sich frageweise über die persönlichen Verhältnisse der Zeugen, über ihre Glaubwürdigkeit zu unterrichten *); der Gewissensvertreter stand dadurch in einer so bevorzugten Lage, dass böser Wille ihn unüberwindlich machen konnte. Es war durchaus Bedürfniss, dem Gegner zu gestatten, diese Fragen in Anregung zu bringen. **)

Die gleichen Erwägungen hätten nun dahin führen können, auch Interrogatoria in meritis zuzulassen, denn auch sie bilden ja nur eine Correctur der gegnerischen Beweisführung. Allein hier stiess man sich an der Regressfrage. Es war doch immerhin in gewissem Sinn ein Recht des Gewissensvertreters; sollte ihm dieses durch gegnerisches Zuthun geschmälert werden dürfen? Zudem sagte man, durch die Interrogatoria in meritis könne leicht die Unwahrheit des Beweissatzes hervorgestellt werden, dann müsse man ob metum periurii den Gewissensvertreter von der Eidesleistung zurückhalten; das gehe doch auch nicht. — Statt mit diesem Resultat zufrieden zu sein, dasselbe nach besten Kräften herbeizuführen, um falsche Eide zu verhüten, statt hier also einen publicistischen Masstab anzulegen, ging man gerade den entgegengesetzten Weg, hielt kurzsichtig daran fest, um

*) Vgl. Johann. Philippi, observationes ex decis. elect. Saxon., Lips. 1670, ad XIX, obs. I, No. 20.

**) Dass man in früherer Zeit wirklich die generellen Fragstücke ausschloss, scheint mir unwiderleglich aus den Aeusserungen Langenn's und Nicolai's hervorzugehen. Wohl konnte Jemand gegen das geltende Recht auf den Gedanken kommen: sie zuzulassen, aber doch nicht: sie auszuschliessen. Vgl. jetzt Muther, S. 134; er ist der Meinung, dass erst Carpzov die Unzulässigkeit specieller Fragstücke aufgestellt und seine Ansicht in der Decision adoptirt sei.

keinen Preis die Verletzung des Rechts durch den Gegner zu gestatten, und glaubte sich vor Meineiden sicherer, wenn man die äussern Anhaltspunkte für die Befürchtung derselben fern hielt. Wahrlich, wie ein Strauss, der den Kopf versteckt. Freilich lag der Grund dieses Resultats in der That an ganz anderer Stelle, und man fand ihn nur nicht, weil er zu nahe lag: es war die mangelnde Autorität des Richters, welche diesen unfähig machte, eine zweckmässige Controle der Fragstücke vorzunehmen und die Einschleppung eines Gegenbeweises unter ihrem Deckmantel zu hindern.

So ging man also nur den halben Schritt vor, und indem man dem Deferenten die Einreichung von generellen Fragstücken gestattete, tröstete man ihn über den Ausschluss der Interrogatoria in meritis äusserst naiv damit, dass ihm ja selbst die möglichste Beschleunigung wünschenswerth sein müsse. Er sollte also die Ruthe küssen, die ihn schlug.*)

*) Vgl. Carpzov, processus iuris in foro Saxon., Jenae 1657, Tit. XI, art. 5, §. 4. Seine: iurisprudentia forensis, ed. Mylius, Lips. 1703, I, 14, def. 16. Die Urtheilsformel lautet bei Carpzov, proc. iuris, am ang. O., §. 1, No. 7: „So ist Beklagter auf vorhergehenden des Klägers Eid vor Gefehrde sein Gewissen Wissenschaft und Wohlbewusst zu eröffnen schuldig, Er wolte denn Klägern den Haupt-Eid referiren oder sein Gewissen mit Beweiss vertreten." Sie zeigt die Fortdauer der uns bekannten Auffassung. Vgl. Fibigius, processus delineatio, Lips. 1659, S. 127 u. fg. Joh. Georg Nicolai, processus iudic., Jena 1666, cap. 43, No. 5 u. fg. Fibigii processus, ed. Svendendörffer, Lips, 1675, Theil II, cap. 2, de petitorio, No. 7, S. 567 u. fg. G. J. Leikher, quaestiones iurid. ad constit. elect., Dresd. 1678, ad I, 14, citirt l. 21, §. 4, D. quod metus causa, IV, 2, für Ausschluss des Gegenbeweises. („Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat"!) Werner Theodor Martini, dissertat. ad constit. elect., Witteb. 1682, ad I, 14. Joh. Philippi, am. ang. O., No. 7 u. fg. Christoph

§. 22.

Im Lauf der folgenden Zeit bildete sich nun das Institut immer reicher und in feineren Schattirungen aus. Man stritt, ob die Wahrung der Frist in einer vorzeitigen Erklärung enthalten; — ob die Beweisfrist vom Ablauf des fatale octiduum oder von der Erklärung an laufe; was als Thema der Gewissensvertretung aufzufassen, ob und wieweit peremtorische Einreden hinein zu bringen seien; ob bei „impertinenter" Gewissensvertretung officielle Rejection eintreten dürfe, welche Wirkung solche habe, — ob bei frivoler Gewissensvertretung der Richter nicht den Regress benehmen dürfe, — ob nach misslungener Gewissensvertretung neues Offeriren zur Eidesleistung nöthig, ob der Regress zum Eide selbst dann stattfinde, wenn der Gewissensvertreter die Unwahrheit seines Thema erwiesen habe*), ob dies Verfahren stets in dem Gange des feierlichen ordentlichen Beweises gehen müsse, oder ob es eine demonstratio werden dürfe; ob ein Hauptverfahren stattfinde oder nicht. Diese lange Controversenreihe wurde natürlich Ursache mannigfachen Haders. Kein Wunder also, dass im Ausgang des 17. Jahrhunderts sich laute Klagen erhoben. So lobenswerthe Gründe in erster Zeit die ganze Einrichtung geschaffen hatten, allmälig war dieselbe ausgeartet in ein Mittel den Streit einstweilen in die Länge zu ziehen und Zeit zu gewinnen. Unter hundert Fällen, heisst es, nütze die Gewissensvertretung kaum in einigen; der Beweis der Negative in ihr sei so schwer zu erbringen, dass häufig der Gewissensvertreter auf sie nachträglich verzichte;

Langenn, Isagoge am ang. O. Suevus, diss. de prob. pro exoner. conscient., Wittebg. 1695.

*) Offenbar ein Auflehnen gegen den Zwang der Beweisregeln, vgl. Rivinus, enunc. iur., XIX, 29.

denn der gestattete Regress zum Eide mache die Wahl der Beweisführung auf alle Fälle gefahrlos; und das Hinschleppen der Sache bringe zum Credulitätseide der Erben, welcher möglichst zu vermeiden sei. — Dagegen die Anhänger des Instituts machten geltend, dass es doch frivol sei, Jemanden zum Eide zu zwingen, der den Beweis seiner Behauptungen in Händen habe; Missbrauch dürfe den Gebrauch nicht aufheben; es sei Aufgabe des Richters etwaiger Chikane durch Auflegung eines Calumnieneides vorzubeugen; man müsse die ängstlichen Gemüther schonen, die lieber ihren begründeten Anspruch opferten, als dass sie zumal in öffentlicher Gerichtssitzung einen Eid leisteten. — Allein die Gegner erklärten ihrerseits, solche abergläubische Furcht verdiene keinen Schutz. Wer von der Richtigkeit seiner Behauptungen überzeugt sei, müsse um des gemeinen Wohls willen bereit sein, diese Ueberzeugung eidlich auszusprechen oder seine Behauptungen aufzugeben. Ja in gewissem Sinne sei sogar auf Seiten des Gewissensvertreters die Frivolität, denn um sich, den Einen, vom Eide zu befreien, belaste er eine Reihe von Zeugen mit demselben. Man möge sich doch des Gedankens entschlagen, als ob das Institut nothwendig sei; es habe im römischen Recht z. B. gar nicht existirt; blosse Erwägungen der Zweckmässigkeit hätten es eingeführt, jetzt, wo die Verhältnisse sich geändert, wo es unzweckmässig sei, müsse es ohne Zögern aufgegeben werden.

Es fehlte selbstredend auch nicht an Stimmen, welche die blosse Beschränkung des Instituts für wünschenswerth hielten; aber fast einstimmig wurde wieder und wieder die gesetzliche Abhülfe gefordert, als sich in dem letzten Jahrzehnd eine neue Codification vorbereitete. Auf besonderes Antreiben des derzeitigen Gouverneurs von Chursachsen Anton Egon, Fürst von Fürsten-

berg*), erliess August von Polen an die höchsten Gerichte zu Dresden, Wittenberg und Leipzig, dem Beispiele seiner Vorfahren folgend, den Befehl, zweifelhafte Fälle einzuschicken, mit deren Ueberarbeitung im Jahre 1697 eine Commission beauftragt wurde. Diese (bestehend aus Bornius, von Osterhausen und Rivinus) hatte unter dem Vorsitz von Johann Heinrich Berger im Jahre 1699 die Redaction eines Gesetzentwurfes vollendet. Derselbe wurde den Ständen vorgelegt und von diesen noch in demselben Jahre bis zur königlichen Approbation gefördert, welche freilich lange auf sich warten liess. Berger, dem die Sache offenbar zu lange verzögert wurde, veröffentlichte im Jahre 1706 dieses „Concept der erläuterten Prozess-Ordnung" in seinem Werk: Electa disceptationum forensium. Ich lasse den einschlagenden Titel wörtlich folgen, weil er uns den Stand der Frage bezeichnet.

„Ob wohl anfangs wir dahin bedacht gewesen, welcher gestalt die Gewissens-Vertretung nur auff gewisse Masse eingeschräncket, und entweder dem Part allein durch Documenta, nicht aber durch Zeugen solche zu verführen nachgelassen, oder wenigstens denjenigen, so sich zwar zu erweisen angemasset, aber nicht erwiesen, der Regress zu dem Eyde nicht gestattet werden möge,

Alldieweil aber gleichwohl wir hierbey ferner erwogen, dass angeregte Gewissens-Vertretung allein auff die Litisconstationem oder Responsionem negativam zur Ablehnung derer libellirten factorum, hingegen keinesweges zugleich auff die so

---

*) So Berger, electa disc. for., Lips. 1706, Vorrede u. observ. 1; nach Böttiger, Geschichte Sachsens, II, S. 225, hat diese Berger'sche Dedication nur den Werth serviler Lobrednerei.

dann hinweg fallende, auch sonst zum Gegenbeweis gehörige Exceptiones einzurichten, demnach den fürgesetzten Zweck schwerlich erreichen kan, vielmehr nur zu Auffenthalt und Verschleiffung der Sache gantz unverantwortlicher Weise unternommen wird, hiernechst der Billigheit gemäss, dass, da die Sache durch das dem Part deferirte Jurament alsbald und gäntzlich erörtert werden mag, zu Abwendung oder Differirung selbigen Juraments unterschiedene Zeugen mit dem Eyd beschweret werden müssen, dann die Erfahrung bezeuget, dass der Part, so dergleichen Beweises sich angemasset, nachhero demselben renuntiire, auch wohl gar an dem Eyde vorsetzlich sich versäume, oder auch inmittelst versterbe, als dessen Erben nur de credulitate zu schweren nachgelassen werde.

So wollen wir hiemit aus angezogenen, auch andern bewegenden Ursachen, und damit fürnehmlich denen hierbey verspürten vielfältigen Missbräuchen etlicher Massen begegnet und gäntzlich abgeholffen werden möge, die Vertretung des Gewissens vollständig auffgehoben und dargegen geordnet haben, dass derjenige Part, welchem von dem andern Theil der Eyd deferiret, solchen schlechterdings entweder zu acceptiren und abzuschweren, oder, nach Gelegenheit derer Fälle zu referiren schuldig seyn, hingegen zu Vertretung des Gewissens keineswegcs zugelassen werden solle."

Freilich, um die vorkommenden Missbräuche abzuschaffen, war es das Einfachste, dass man das ganze Institut aufhob. Allein dieser Entwurf enthält nur die Meinung der Partei, als deren Hauptvertreter Berger

dasteht*); aus den Eingangsworten geht hervor, dass er nicht ohne Gegner war, und er selbst gibt denn S. 602 u. fg. an, dass zugleich mit diesem ein abweichender Entwurf dem König vorgelegt wurde, welcher auf blosse Beschränkung der Gewissensvertretung hinauslief. Die Stände nämlich, gestützt auf die allgemeinen Gründe, deren Wiederholung ich umgehe, beantragten die Beibehaltung der Gewissensvertretung. Dabei gingen sie wiederum auseinander: während die grössere Zahl gegen jede Beschränkung war, denn eine Trennung der Urkunden und Zeugen sei wegen der häufigen wechselweisen Ergänzung beider unrathsam, den Regress aber zum Eide zu benehmen sei nur unter der irrigen Voraussetzung möglich, dass in jedem Falle dem Gewissensvertreter ein Verschulden zur Last falle, während doch die Erfahrung lehre, dass hin und wieder der Beweis gelinge, man auch für den Fall zufälligen Verlustes der Beweismittel den Gewissensvertreter nicht preisgeben dürfe, — während also die Majorität für die Aufrechthaltung der Lehre in statu quo war, sprach sich eine Minorität dafür aus, dass inskünftige bei misslungenem Beweis den Delaten ausser den Kosten der Gewissensvertretung eine Geldbusse zum Besten halb des Richters, halb des Deferenten treffen solle.

Die Gesetzgebung ging einstweilen einen Mittelweg, indem durch Generalrescript vom 7. März 1760**) die Gewissensvertretung in kleinen, Injurien- und Rügen-Sachen ausgeschlossen wurde. Im weitern Verlauf gewann die Sache eine andere Wendung durch den Ernst und die Gründlichkeit, mit welcher Gribner der Ge-

*) Vgl. Christian Thomasius, diss. de quibusd. lit. protract. emend., Hal. 1717, §. 16 u. fg.

**) Anhang zur E.-P.-O., No. 14. Muther gibt wohl aus einem Versehen den 16. Juli 1712 an. S. 141.

wissensvertretung sich annahm. Er erklärt die sächsischen Controversen aussenvor zu lassen; es komme ihm einzig darauf an, die Mittel der Beschränkung eingehend zu prüfen. Das Beste scheine ihm, den Regress zum Eide ganz zu streichen; mit diesem werde eigentlich allein der Missbrauch getrieben, indem viele ihn sogar bei völlig ins Gegentheil umgeschlagener Beweisführung nicht ausschlössen. Der eigentliche Nutzen der Gewissensvertretung bestehe nur in der dadurch hervorgerufenen Subsidiarität des Eides; wo keine Beweismittel vorhanden, da sei die Leistung des Eides rationell; jeder Druck sei beseitigt, wenn man die Alternative freigebe zu schwören oder zu beweisen. Wen Furcht oder Aberglaube von der Leistung des Schwurs zurückhalte, der könne verständiger Weise nach missglücktem Beweise auch nicht schwören. Nur für den Fall, dass die Beweismittel verloren gingen, müsse man ausnahmsweise den Regress gestatten. — Dieser Regress zum Haupteide habe bisher die Auferlegung der Notheide absorbirt; nach der alten Processordnung sei freilich ein Suppletorium zulässig, ja nach der irrigen Meinung Einiger sogar für den Fall theilweisen Gelingens nothwendig; wenn man nun den Regress ganz aufhebe, dann müsse man statt dessen die Zulässigkeit der Notheide nach gewöhnlichen Grundsätzen proclamiren. — Wolle man jedoch die Gewissensvertretung beibehalten mit Regress zum Eide, dann müsse man andere Mittel zur Beschränkung des Missbrauches anwenden; er spricht sich für den Fall gegen Calumnieneid und Beschränkung auf Urkunden, für die Auflegung der Kosten und einer besonderen Geldstrafe aus, und fordert neben der Abschaffung des feierlichen Beweisverfahrens die völlige Ausschliessung des Suppletorium; denn durch dessen Auflegung werde die grösste Zögerung geschaffen, weil man an ihm unbeschadet des

Regresses zum Haupteide sich versäumen könne. Wie richtig das sei, gehe aus der Praxis der Gerichte hervor, welche regelmässig von der Befugniss auf den Erfüllungseid zu sprechen, gar keinen Gebrauch machten. *)

In gleicher Weise, wenn gleich nicht so gründlich, hatte sich schon Barth in seinem hodegeta forensis, cap. 1, §. 59, ausgesprochen und die Folge war, dass die Berger'sche Ansicht schliesslich nicht recipirt wurde.

§. 23.

Die erläuterte Processordnung, welche endlich am 10. Januar 1724 erschien, schrieb nämlich zum Titel XIX vor:

§. 1.

„Die Vertretung des Gewissens mit Beweiss tragen Wir zwar gäntzlich auffzuheben Bedencken; Weiln aber auch darbey biss anhero grosser Missbrauch zu verspüren gewesen, so wollen Wir, dass demjenigen, so sich darzu einmahl erklähret, wenn er auch gleich derselben nachgehends renunciiren wolte, der Regress ad Jusiurandum weiter nicht gestattet, sondern er dessen, wenn er nicht erwiesen, alsofort vor verlustig geachtet werden solle; Jedoch können Wir gleichwohle geschehen lassen, dass, da einer oder der andere, bey sothaner Gewissens-Vertretung, wenigstens so viel, dass das Juramentum suppletorium oder purgatorium statt haben könne, probiret hätte, vor dem Richter darauff gesprochen werde.

*) Vgl. Gribner, diss. epistol. de lit. ambag. recid.; adh.: ejus princ. proc. iud., Jena 1728; Desselben: Discurs zur E.-P.-O., Halle 1739, — besonders aber seine opusc. iur. priv. (in: select. opuscul. iur. publ., tomi IV), Hal. 1722, Sectio IX.

§. 2.

Und wie hiernächst der Beweiss pro exoneranda Conscientia, worzu die Articul binnen Sächssischer Frist, a Tempore Rei iudicatae zu übergeben, allein auf das Factum selbst, darüber der Eid deferiret, keineswegs aber auf die Exceptiones zu richten; Also sollen die Articuli impertinentes alsofort vom Richter ex Officio verworffen, oder allenfalls rechtliches Erkänntniss darüber eingeholet, und wann solche unzulässig oder unschlüssig, der Regress ad Juramentum gleichfalls nicht gestattet werden, und hat es im übrigen bei der 19ten Neuen Decision, dass nehmlich bey dergleichen Beweisung nicht allein kein Gegen-Beweiss, sondern auch keine Interrogatoria in Meritis, und so viel die Hauptsache betrifft, sondern blos wider derer Zeugen Personen zu admittiren, sein nochmahliges Bewenden."

(Dann wird noch die Vorschrift wiederholt, dass in Injurien etc. Sachen die Gewissensvertretung nicht Statt habe.)

Man trat also der Gribner'schen Ansicht bei und hob den Regress auf. Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als ob hierin die klarste Anerkennung des Regressrechts liege, denn wie sollte man Jemanden züchtigen durch die Wegnahme einer Pflicht. Aber ein genaueres Hinsehen zeigt uns, dass diese Auffassung falsch wäre. Der Regress wird nicht um seiner selbst willen aufgehoben, sondern der Werth dieser Aufhebung liegt in der mittelbaren Wirkung, dass nämlich durch diese Massregel die Gewissensvertretung zweischneidig gemacht wird.

Nun könnte man sagen (und wer nur die praktisch greifbaren Resultate zu achten geneigt ist, wird sich

leicht dazu verleiten lassen): dass jetzt die Gewissensvertretung ihren alten Charakter völlig verloren, dass es nicht mehr auf die Beweisantretung, sondern auf die blosse Erklärung der Gewissensvertretung ankomme. Wäre dem so, dann hätten wir jetzt in der That auch im sächsischen Recht die Recusation des Eides mit iusta causa, nämlich um des angebotenen Beweises willen. Allein dem ist in der That nicht so. Hätte man diese Auffassung auch jetzt nur annehmen wollen, so würde einfach genügt haben die gesetzliche Erklärung „der Eid kann wegen angebotenen Beweises iuste recusirt werden", alles Weitere hätte sich als einfache Consequenz daran angereiht, ohne irgend welchen Zweifel hervorzurufen. — Statt dessen aber löste man sich nicht von der historischen Basis ab. Das zeigt sich darin, dass man für nöthig fand, ausdrücklich zu erklären, auch der Verzicht auf die Gewissensvertretung schaffe nicht den Regress zum Eide; das zeigt sich weiter darin, dass man nicht sagte: die Wahl der Gewissensvertretung benimmt den Regress, sondern dass man denselben Gedanken freilich, aber in einer nur durch die historische Entwickelung erklärlichen Fassung so ausdrückte: es solle der Gewissensvertreter „wenn er nicht erwiesen" alsofort des Regresses verlustig erachtet werden. Es zeigt sich das endlich auch in der Bestimmung der Prozessordnung ad XIIX, §. 1: „oder dass bei dessen Unterlassung (rechtzeitiger Erklärung auf den Eid) auf die **Leistung des Eides,** ohne Vorbehalt der Relation oder Gewissensvertretung, schlechterdings erkannt werde, zu gewarten hat." — Freilich im praktischen Resultat kommt es auf dasselbe hinaus; aber es scheint mir doch von hohem Werthe zu sein, diejenige Erklärung des Gesetzes zu gewinnen, welche dasselbe als Product der historischen Ausbildung charak-

terisirt und die mannigfachen Verschlingungen erklärt, welche das einfache Resultat feststellen auf Umwegen, die sonst geradezu räthselhaft wären. Das schliesst nun aber keineswegs aus, dass man auch hier wieder, wie anfangs bei der Ausbildung des Instituts, sich der Illusion hingab, als befinde man sich in Uebereinstimmung mit der Lehre des gemeinen Rechts. Allein damals handelte es sich um die blosse Rechtfertigung eines in der Anwendung selbst unbestrittenen Instituts, und dieser Zweck beeinflusste alle Citate; wir finden, von seltenen Ausnahmen abgesehen, stets nur Autoritäten angezogen, welche, sei es wirklich, sei es missverstanden der Ansicht waren, dass durch Anbieten der Beweisführung man den Eid ohne Nachtheil recusiren könne. Jetzt wollte man ändern, und für die Durchführung dieser Absicht führt man jetzt ebenfalls Autoritäten auf (Perez, Jason, Duaren, Setser); aber der völlig andere Zweck verräth sich in dem offenen Geständniss, dass die Sache bei den Lehrern des gemeinen Rechts controvers sei. Jetzt galt es eine entgegenstehende Ansicht zu bekämpfen, welche damals gar nicht existirte. Niemand freilich ging in dieser Kritik soweit vor, dass man sich klar darüber geworden wäre, was eigentlich unter der gemeinrechtlich gestatteten Recusation zu verstehen sei; man war zufrieden gestellt durch das oberflächliche Resultat, dass wer beweisen wolle, zum Schwur nicht gezwungen werden dürfe.

Unser Gesetz schreibt weiter vor, dass die Gewissensvertretung „allein auf das Factum selbst, darüber der Eid deferiret“, zu richten sei. — Um diese Bestimmung zu würdigen, müssen wir etwas weiter wiederum zurückgreifen.

§. 24.

Schon bei den Commentatoren war es bestritten, was eigentlich den Gegenstand des directen Gegenbeweises bilde. Die Frage war deshalb von besonderer praktischer Bedeutung, weil der Ausschluss der Eidesdelation zur directen Gegenbeweisführung in cap. 2, X. de probat. ausgesprochen war. Man zweifelte nun, ob durch den gelungenen Hauptbeweis nicht schon die Existenz des behaupteten Rechtes bewiesen und dadurch die Unmöglichkeit herbeigeführt sei, über irgend eine dasselbe vernichtende Thatsache den Eid zu deferiren. Wenn man das Letztere doch zuliess, so geschah es nicht ohne die offene Erklärung, dass nur Billigkeitsgründe solche Ausnahme rechtfertigten. Folgeweise fand man besondere Schwierigkeiten, wenn der über den klägerischen Anspruch deferirte Eid nicht pure, sondern mit dem Zusatz irgend welcher vernichtenden Thatsache geleistet war. Sollte hier der Delat als des Anspruches geständig angesehen, oder der Eid überhaupt für nutzlos erklärt werden? — Dieselben Fragen (welche uns in mancher Hinsicht an die Controversen des qualificirten Geständnisses erinnern) wiederholen sich bei den Responsionen; auch hier handelt es sich darum, ob gestattet sei, einer Responsion zugleich ein vernichtendes Factum anzureihen, oder ob der Richter das hindern müsse. Dem ganzen Zwist liegt meines Erachtens die Unklarheit darüber zu Grunde, ob man überhaupt den Parteien im Process die Aufstellung ihrer Ansprüche mit eigener Verantwortlichkeit gestatten, oder sie bei dieser Thätigkeit von richterlicher Controle abhängig machen wolle; m. a. W.: ob man die Existenz des Rechts, oder die Existenz der fundirenden Thatsachen der richterlichen Beweisprüfung unterziehen solle.

Die gleichen Principienfragen treten uns hier im sächsischen Recht bei dem Thema der Gewissensvertretung entgegen. Worüber ist der Eid deferirt, über den Anspruch oder über die denselben begründenden Thatsachen? Je nachdem man diese Frage so oder so beantwortete, musste man als Thema der Gewissensvertretung ansehen entweder was die Nichtexistenz des Rechts, oder was die Nichtexistenz der Thatsachen hervorstellte.

Als Regel nun fassten die sächsischen Juristen das auf, dass der Eid über die Thatsachen deferirt werde, denn er sei ein Beweismittel; daher sollte denn das Thema der Gewissensvertretung auch in der reinen Negative der jenseits behaupteten Thatsachen bestehen. Offenbar bot sich auch hier die Gelegenheit zu jenem Bestreben, dessen ich schon früher gedachte, nämlich durch Hineinziehen anderer, nicht die Existenz, sondern etwa die Wirkung der Thatsachen angreifenden Materialien den Gegner hinterrücks zu bewältigen; denn dieser war ja zum Stillschweigen gehalten und die richterliche Controle erst im Entstehen. Namentlich die Untergerichte, ohnehin schwächerer Autorität, liessen vielfach solche unstatthafte Beweisartikel zu, bis im Jahre 1700 das höchste Gericht in Dresden die Pflicht des Richters aussprach, solche „impertinente" Gewissensvertretung sofort ex officio zu verwerfen und ohne Weiteres auf Leistung des Eides zu erkennen; ein Präjudiz, dem in den Jahren 1703, 1704 und 1705 gleichlautende folgten. Nun stand also fest, dass nur die fundirenden Thatsachen in Rede kommen durften; die Behauptung der Zahlung, der Compensation, oder bei Injurien die der Dissimulation oder die exceptio veritatis, — alle diese Materialien mussten gleich neben der Einlassung vorgebracht werden, wo sie dann ihre weitere Behandlung im gewöhnlichen, den Vorschützenden be-

lastenden Beweisverfahren fanden. In der Gewissensvertretung durften sie nicht erscheinen.

Die Möglichkeit jedoch, den Eid über das ganze Streitverhältniss zu deferiren, sollte dadurch nicht ausgeschlossen werden; „puta", schreibt Berger (electa disceptation. for. obs., II, not. 3),

> „puta cum ipsemet actor libello circumstantiam facti admiscuerit, aut negando ius esse reo, causam occasionemque praebuerit deducendi contrarium per exceptiones sibi competentes veluti Beklagter habe Klägern den Kirchenstuhl «zur Ungebühr» wegreissen lassen, Beklagter vermöchte wider Kläger «einiges Recht» diesfalls nicht auszuführen", —

dann dürfe Beklagter das Factum gestehen und diesen Zusatz eidlich ableugnen. — Gleiche Wirkung habe es, wenn Kläger behaupte, Beklagter habe „minder denn mit Recht" gehandelt.

Ueber die Ausdehnung dieses Gedankens freilich war man wiederum nicht einig. Von der einen Seite hielt man schon für genügend, wenn nur irgend solche vage Ausdrücke vorlagen; von der andern hingegen forderte man, dass der Deferent ausdrücklich über seine intentio den Eid zugeschoben habe, um dem Beklagten die Eidesleistung über Peremtorialien ohne deren vorgängige Einbringung zu gestatten. — Da nun die Gewissensvertretung sich, wie schon gesagt, einfach durch das zur Negation verkehrte Schwurthema ergab, so liess man auch für sie in solchem Falle als Thema bisher nicht vorgeschützte Einreden zu. Hatte z. B. Kläger behauptet, dass Beklagter aus seinem Geschäft Waaren entnommen, und ihm dafür 128 Thaler schuldig geblieben sei, so war durch den Ausdruck „schuldig geblieben" dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, in der Gewissens-

vertretung ohne vorherige Behauptung sich durch den Nachweis der Zahlung zu befreien.*)

War das nicht, dann drehte sich also die Gewissens-

*) Vgl. die Erkenntnisse bei Berger, am ang. O., Rivinus, enunciata iuris, Hildburgh. 1750, ad ht. XIX, No. 17 u. Resolut. Lanterbach., Vitebg. 1699, XII, 2 qu., 3. Merkwürdiges liesst Muther aus diesen Aeusserungen heraus. Das Beispiel geht darauf, wenn Kläger den Eid deferire: dass Beklagter „ohne Befugniss" sich des Kirchenstuhles angemasst habe; dann liege in dem „ohne Befugniss" das Recht für den Gewissensvertreter, alles zu beweisen, was ihm eine Befugniss geben würde, mithin auch sein Eigenthum. — Nun schreibt Muther, S. 199: „Wir sehen von dem letzteren durchaus unpassenden und schiefen Beispiel ab und erkennen, dass etwas Wares an der Sache ist. Freilich scheinen es auch nur Consequenzen des damals eben eingedrungenen Satzes, dass der Eid lediglich über facta zugeschoben werden könne, zu sein, mit denen wir es hier zu tun haben. Es ist einleuchtend, dass man, sobald jener Satz anerkannt wird, den Eid nur über die in der Klage vorgetragenen Tatsachen deferiren kann, dass er aber, wenn er im Allgemeinen deferirt wird, auch über alle in der Klage vorgetragenen Tatsachen als deferirt erscheint, und dass der Gewissensvertretung nur auf jene, aber auch auf alle jene Tatsachen, seinen Beweis richten kann. In der Klage des A. z. B., dass ihm B. aus einem Pferdehandel 500 Thlr. schuldig geblieben sei, liegt die Anfürung von Tatsachen, aus welchem die Forderung entstanden sein soll, sowie die Allegation der Tatsache, dass B. die libellirten 500 Thlr. noch nicht bezalt habe, d. h. dass die Forderung noch bestehe. Nun würde freilich den A. nur die Beweislast rücksichtlich der ersteren Tatsache treffen, während dem B. der Beweis der Zalung aufzuerlegen wäre. Es wird aber Niemand den A. hindern können, den Beweis, dass ihm B. 100 schuldig geblieben, freiwillig zu übernehmen, es ist dies im Grund nichts anderes, als ein zum Voraus beygebrachter directer Gegenbeweis gegen den indirecten Gegenbeweis des Producten. Dem B. bleibt es freilich auch unbenommen, letzteren zu füren und deshalb eine etwaige Eidesdelation des A. über die fraglichen Tatsachen abzulehnen resp. dem A. selbst den Eid über das Fundament seiner (des B.) Einreden zu deferiren. Nimmt aber B. den ihm von A. angetragenen Eid one Weiteres an, so ist das aufzufassen als eine vertragsmässige Abänderung der gesetzlichen Beweislast, gegen die man nichts einwenden können wird, . . ." — Das bedarf wohl keines Commentars.

vertretung nur um den Satz, dass die fundirenden Thatsachen nicht existirten. Aber dieses Thema musste nicht etwa im sog. natürlichen Wege bewiesen werden, es war in gleicher Weise eine künstliche Beweisführung gestattet. Rivinus führt uns ein Beispiel der Art in seinen ennunciata iuris, XIX, No. 17, vor. Er schreibt:

> „Similem in modum ab actione Iniuriarum aestimatoria absolvebant Scabini Lipsienses Reum, cui delatum erat Iuramentum super Iniuriis, cum in defensione pro exoneranda conscientia probaret, quod eo die illi, in quorum praesentia iniuriae prolatae dicebantur in libello, non fuerint eo in loco qui determinabatur in libello ....“ *)

Die übrigen Bestimmungen der erläuterten Processordnung, dass bei der Gewissensvertretung kein Hauptverfahren stattfinden (ad Tit. 29, §. 3), dass sie beim purgatorium künftig wegfallen solle, weil dieser dem suppletorium gleichgestellt wurde (ad Tit. 32), welche Fristen stattfinden u. s. w. — diese Bestimmungen haben für uns kein directes Interesse, da wir nicht dem praktischen sächsischen Recht zu folgen beabsichtigen. Aus gleichem Grunde habe ich bei der ganzen Untersuchung die Frage nach Trennung des Beweissatzes in einzelne Theile ganz ausser Ansatz gelassen. Auch sie hätte eine bloss äusserliche Vollständigkeit geschaffen. Nur das

*) Eine andere Belegstelle, von mir übersehen, liefert auch Muther, S. 201, aus Mauser's mehrfach citirter Schrift. — Ich glaube daher, dass Osterloh, sächs. Process, II, §. 264 (3. Aufl.) mit dem Gesetz in Widerstreit tritt, wenn er bei künstlichem Thema in der Gewissensvertretung die Eidesdelation gestattet. Vgl. Gribner, Discurs, ad XIX, §. 2, v. „Beweiss“. Vgl. überhaupt: Lüder-Mencke, tract. synopt. proc. comm. et imprim. Saxon. elect., Lips. 1708, ad Tit. XIIX u. XIX. Barth, hodegeta forensis, Lips. 1725, cap. I, §. 59 u. fg. Rother, nova statua process., Lips. 1726, I, 13. J. B. Wernher, comp. iur. ed. Ritter, Lips. 1772, No. 20.

verdient zum Schluss noch hervorgehoben zu werden, dass freilich die Interrogatoria in meritis noch ausgeschlossen bleiben, der Unterschied aber zwischen ihnen und dem Gegenbeweis ausdrücklich anerkannt wird. Es sollen „nicht allein kein Gegenbeweis sondern auch keine Interrogatoria in Meritis“ zugelasseu werden. Ich betone dies deshalb, weil selbst von einer Autorität für sächsisches Processrecht dieser Unterschied verwischt wird. Osterloh sagt II, S. 248, not. 25, zur Erklärung, weshalb keine speciellen Fragstücke zugelassen würden: „diess desshalb, weil kein Gegenbeweis gestattet ist.“ Es würde ein arger Vorwurf gegen die Gesetzgebung sein, wenn ihr diese Argumentation untergelaufen wäre.

§. 25.

Somit stehen wir am Ende des sächsischen Rechts. Ich habe es absichtlich vermieden, bei dessen Erörterung auch nur eines der Schlagwörter zu verwenden, welche h. z. T. in der Lehre der Gewissensvertretung umgehen, aus der Besorgniss: Missverständnisse oder gar Wortgefechte zu veranlassen, in der Ueberzeugung, dass die Sache für sich sprechen werde. Jetzt ist es nöthig, die gewonnenen Resultate kurz zusammen zu fassen.

Wir haben gesehen, dass der sächsische Begriff der Gewissensvertretung der eines Beweises zur Abwehr eines Eides war. Dass man auch den Regress des Klägers von der Eidesdelation zum Beweis unter diesen Begriff zu bringen suchte; ohne daran zu denken, ihn im Falle des misslungenen Beweises noch wieder zum Eide zu lassen; dass wo man solchen Beweis des Beklagten zuliess, man nicht auf das Anbieten, sondern auf die Antretung den Werth legte, und diesen Gesichtspunkt auch nicht verlor, als man die Pflicht zur nachträglichen Eidesleistung strich. Wir sahen endlich, dass zu keiner Zeit

ein Gegenbeweis, ja erst seit Mitte des 17. Jahrhunderts das Einreichen genereller Fragstücke dem Deferenten gestattet wurde.*)

§. 26.

Das Verständniss forderte eine zusammenhängende Darstellung des sächsischen Rechts. Ich trug daher kein Bedenken, mich von ihm dem Stand unserer Frage weit vorausführen zu lassen. Kehren wir nunmehr zurück.

---

*) Muther's Arbeit hat mich in dieser Auffassung in keiner Hinsicht wankend gemacht. Er kommt freilich zu völlig abweichendem Ergebniss. Die sächsische Gewissensvertretung bezeichnet ihm die Stellung der sächsischen Juristen zur Recusationscontroverse der Romanisten. Man habe sich auf die Seite derjenigen gestellt, welche die Recusation gestatteten, getrieben vom germanischen Bewusstsein, welches die Uebernahme einer grössern Garantie befürwortete. Vom Schiedseide habe man das Institut auf die Notheide ausgedehnt, dies aber allmälig aus dem Bestreben nach Beschränkung wieder abgelegt. Er fasst dann den Regress zum Eide als integrirenden Bestandtheil und erklärt die Pflicht zur Eidesleistung daraus, dass durch den Beweis zur Gewissensvertretung die Sache im Falle des Misslingens nicht zu Ende gebracht, mithin ein Zurückgehen auf den Eid nothwendig sei, welches aber nur in der Leistung, nicht in der Relation bestehen könne, wegen der Identität des zu Grunde liegenden Willens (S. 246). Demnach sieht er es als Verstümmelung an, wenn die E.-P.-O. den Regress benimmt, S. 141: „Haben wir bisher die G.-V. als das von Glück begünstigte Schosskind der Praxis kennen gelernt, so stehen wir jetzt am Wendepunkt ihres Geschicks. Denn einesteils lag in dem Umstand, dass bei dem Uebergang in das gemeine Recht ihre Theorie schwankender wurde, der Keim zu späterem Verderben, andernteils aber pflegen Schosskinder verzogen zu werden und die Folgen davon früher oder später zu fülen.“ Auf diesen Standpunkt fühlt sich Muther unbeschadet der inneren Widersprüche so sicher, dass er allen abweichenden Processualisten und Gesetzgebungen den Vorwurf der Inconsequenz macht und von dem im Grossh. Hessen und Braunschweig gemachten Versuch: die Gewissensvertretung zu beschränken, sagt (S. 149): „Die derogatorischen Ideen mögen nicht durch praktische Bedenken, sondern, wie leider so Vieles, durch das Bestreben, französische Muster nachzuäffen, angeregt sein.“

Während wir im sächsischen Recht bereits im 16. Jahrhundert die Gewissensvertretung finden, setzen die gemeinrechtlichen Juristen Deutschlands diejenigen Controversen fort, welche wir früher schon bei den Commentatoren verfolgten. Bald finden wir daher, dass den Parteien das völlig freie Recusationsrecht gegeben wird,

> so von: Sebastian Brandt, Richterl. Klagspiegel, Strassburg 1553, fol. 4. Ulrich Tengler, Laienspiegel, Strassburg 1560, fol. 80, rubr. „Von Eyd schwören" in fine: „Wo aber ein parthey der andern im rechten ein eyd aufflegt, so mag derselbe recusiert werden",

bald wird die Eidesdelation nur anfangs gestattet,

> so Justin Gobler. In seinem Werk „Der Rechten Spiegel", Frcft. 1552, trägt er die römischrechtliche Lehre vor, im Thl. 7, rubr.: „Wie streitige sachen durch den Eydt auffgehoben vnd hingelegt werden", fol. 141[b]. Aber sein „Gerichtlicher Process", Frcft. 1549, ist weit gründlicher, und hier gestattet er (Thl. I, rubr. „Von gerichtlichen Bekenntnussen, §: Wenn der Beclagt der Clag nit gestendig", fol. 134[b]) die Eidesdelation im Anfang. Fol. 81 schreibt er dann: „Also ist demnach zu mercken, So ein Sach gantz bewisen oder aber gantz vnbewisen dass kein Eydt einiger Partheien vffgelegt werden sol, dann der Richter in dem Fall on den Eydt aus geschriben Rechten wol wissen mag, wie er vrteilen sol."

Andere tragen als gemeines Recht den Positionenprocess vor und übergehen aus den früher angegebenen Gründen die Lehre des Schiedseides ganz,

> Jacob Ayrer, historischer Processus iuris cum addit. Fritschii, Frcf. 1680. Caspar Wilh.

Stock in Stockenheim, Ictus Germanicus, practica civilis ad consuetud. et styl. fori in Germania usit. accommodata, Frcft. 1608. Vgl. auch Joh. Pels, proc. iud. ed. Chr. Wintzler, Col. 1685, tit. 29, No. 16; tit. 31, No. 34.

während Alex. Stiaticus in seinen observat. practic., Col. 1588, cap. 20, No. 40, gestützt auf das cap. 2 X. de probat. die allgemeine Subsidiarität der Eidesdelation lehrt mit den Worten:

„Et in primis sciat iudex, quod istud iuramentum decisivum non debet deferri illi, qui habet modum aliter probandi suam intentionem et sic in effectu non defertur nisi ita demum quando deficiunt aliae probationes et sic in subsidium .... Et ideo ubicunque iudex videt et audit, quod una pars vult deferre iuramentum alteri parti super re de qua agitur et offert se velle stare iuramento suo, debet perquirere et intelligere ab illo deferre volente et ita se offerente ut supra, an habeat aliquos testes, vel aliquas probationes ad probandam suam intentionem et si dixerit quod sic, tunc cesset a delatione iuramenti et moneat illum ad probandum aliter quam per iuramentum." Es komme vor, dass die Partei bäte: domine iudex deferas illi iuramentum, nach geleistetem Eide wolle sie schon den Meineidsbeweis führen.

Bei weitem die Meisten aber tragen die römischrechtliche Doctrin vor mit den Grundsatz: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre,

so Sebastian Brant in seiner exposit. omn. tit. iuris, Basil. 1500, ad tit. XII, 2. Johann Oldendorp, action. forens. progymnasmata, Lugd. 1551, Class. I, act. 9, S. 125 u. fg. Henric.

Bocer., disput. ad tres prior. pand. part., Tub. 1588, III. disp., No. 42: „impune id recusare non potest licet nihil probaverit deferens, licet item cui delatum est probare malit quam iurare.“ Wolfgang Vollrath, ius pand. illustrat., Jen. 1665, ad tit. D. XII, 2. Jeremias Setser, tractat. de iuramentis, Magdebg. 1608, lib. IV, cap. 3, No. 12 (schreibt nur Duaren ab). Hieronym. Treutler, select. disput. ad ius civ. Iustin., Marb. 1596, I, 21, No. 9. Joh. Harpprecht, proc. iud., Tub. 1596, disp. IV, §. 126 u. fg. Ostermann, Rationalia ad Instit., Col. 1628, ad §. 11, de actionib. Gregor Biccius, colleg. iurid. Argentorat. enucleat., Argent. 1664, ad tit. XII, 2, No. 15. Krimer, quaest. in Decretal., Aug. Vind. 1708, in tit. X, de probat., No. 2118.

Nur Ummius, disput. ad proc. iud., Jen. 1616, XIV, 43, und Henning Rennemann, comment. de iudicio ed. Henrici, Erfurt 1658, disp. 29, No. 44, wollen eine Recusation wegen offerirten Beweises zulassen.*)

Das Resultat ist demnach ganz wie bei den Romanisten es sich oben herausstellte; wir müssen auch jetzt noch es für controvers erklären, ob man gemeinrechtlich eine Eidesdelation wirkungslos machen, die Erklärung ohne Nachtheil recusiren konnte, weil man statt dessen den Beweis liefern wollte.

§. 27.

Nunmehr aber wurde ein neuer Factor in die Entwickelung gebracht. Welch grossen Einfluss die alte Processordnung Chursachsens auf die Ausbildung des

*) Vgl. auch Stiaticus, am ang. O., No. 48.

deutschen Processes hatte, das ist zu bekannt, als dass ich ein Wort darüber zu verlieren brauchte; hier ist ein neuer Beleg für die alte Wahrheit.

Wir sahen früher, dass die sächsischen Juristen sich anlehnten an die romanistische Streitfrage: ob die Eidesdelation durch Beweiserbieten zur Seite zu schieben sei. Ich suchte darzuthun, wie diese Anlehnung nur dadurch erklärlich sei, dass es sich um die Rechtfertigung eines bereits bestehenden Instituts handelte, da man sonst die Kluft zwischen sächsischem und gemeinem Recht nicht hätte übersehen, nicht in einem und demselben Athem davon hätte sprechen können, dass die „Gewissensvertretung“ eine „iusta causa recusandi“ sei, und: dass der Gewissensvertreter bei misslungenem Beweis noch schwören müsse. Es stellte sich zugleich heraus, dass man für den Recusationsgrund des gemeinen Rechts in kritikloser Unbefangenheit ebenfalls den Namen „Gewissensvertretung“ verwandte.

Die festgeschlossene Haltung nun, welche die sächsischen Juristen Dank ihrer umsichtigen, unermüdlichen Gesetzgebung einnahmen, sicherte ihnen von vorneherein den andern deutschen Juristen gegenüber ein bedeutendes Uebergewicht, welches sie selbst noch dadurch zu steigern wussten, dass sie ihre Particulargesetze möglichst an gemeinrechtliche Vorschriften anlehnten. Die Controle war jener Zeit nicht eben genau; die Autoren selbst, wie wir sahen, zufrieden, wenn nur Behauptung und Citat sich in einem Minimaltheile deckten. Trotzdem verfehlte solche gelehrte Perrücke auf minder sichere Leute nicht ihren Eindruck.

Wenn man nun durch die sächsischen Institutionen sich dahin hätte führen lassen, allgemein die angebotene Beweisung als triftigen Recusationsgrund anzunehmen, dann würde man im Fortgang der Rechtsbildung, im

Zusammenhang mit den Romanisten geblieben sein. Dabei hätte man gern den sächsischen Namen „Gewissensvertretung“ annehmen, auch immerhin die sächsischen Quellen und Juristen für diese Lehre citiren mögen; zogen diese doch auch die Romanisten mit ihrem Recusationsgrunde für sich an. Der Schaden wäre nicht gross gewesen, wenn man nur Klarheit genug gehabt hätte, gleich den Sachsen es bei einem blossen Citiren bewenden zu lassen, ohne sich mit einer völlig incongruenten Rechtsausbildung zu befassen. Allein diese Anforderungen, so einfach sie sein mögen, jene Zeit war ihnen nicht gewachsen; man führte Faber und Carpzov neben einander an, aber ohne sich zu vergegenwärtigen, dass sie beide, auf verschiedenem Boden stehend, verschiedene Lehren haben mussten, und da Carpzov das ganze Gewicht seiner persönlichen Stellung mit in den Kampf brachte, so endete die Reibung mit der schmachvollsten Niederlage der gemeinrechtlichen Juristen, welche, unfähig an ihre eigenen Quellen zurück zu gehen, sich wie eine Heerde dem Sachsen anschlossen.

Rennemann in seinem citirten Werk trägt noch beides, gemeines und sächsisches Recht, neben einander vor. Auch Mevius in seinen Decisionen (Frcft. et Stralsund 1681), VI, 147, No. 6, schreibt:

> „Probatio recepta id quidem efficit, ut iuramentum ei qui probare voluit delatum evadatur, at minime illud excluditur, quod probationi factae sequens aut de iure accessorium est.“

Mevius steht hier also durchaus auf dem Boden der gemeinrechtlichen Recusationslehre. Durch das Beweiserbieten geht der Hauptеid dem Delaten verloren; aber wohl ist es möglich, dass ihm zur Erfüllung seiner Beweisung ein richterlicher Notheid auferlegt werde. Mit scharfer Consequenz setzt er hinzu:

„ut dicendum sit, oblatas probationes relevare a iuramento delato, non deferendo.“

Nicht einmal seiner Unfähigkeit können wir es also zur Last legen, wenn er trotzdem in einer andern Decision sich an Carpzov anschliesst. In VI, 168, schreibt er:

„Illius electio (scil. iurisiurandi) has (scil. probationes) excludit, non vero harum oblatio ad illud regressum praecludit, l. 30 D. h. t. Per istam enim abdicat probationes (Carpzov, iur. for., I, 14, def. 18), non ita per hanc iuramentum. Cuius ea mens talis intelligitur, quod malit probare, non ut non probans velit exclusus esse ab eo, quod adversarius detulit, ius permittit.“

Derselbe Mann also, welcher in einem Falle mit vollem Recht dem Delaten den Rückweg zum Eide benimmt, weil er ja selbst erklärt habe, er wünsche von dem Eide liberirt zu sein, — derselbe Mann spricht hier mit flachen Gründen sich dafür aus, dass der Regress zum Eide offen stehe. Man denke sich die Sache praktisch, und man wird bedauern, dass es eine Zeit gab, wo die Ideen solches Kopfes zu grossem Anhang kommen konnten.

Möglich immerhin, dass Mevius der Ueberzeugung war, es gebühre dem sächsischen Recht als der Fortbildung des sächsischen Landrechts eine Art Quellen-Autorität — und nach seinem Commentar zum lübschen Recht, V, 8, art. 2, No. 22, scheint es fast so —, er hätte auf alle Fälle seine Entscheidung anders begründen müssen. Er hätte einsehen müssen, dass er bei der Lehre der Eidesdelation reformirend beginnen müsse, dass erst dann die sächsische Lehre von der Gewissensvertretung einen Sinn habe, wenn sie mit dem sächsischen Eidesrecht, der unwiderruflichen Delation desselben zusammenstand. Er hätte nimmermehr sich durch die Raisonnements täuschen lassen dürfen, mit wel-

chen die Sachsen ihr gesetzlich ausgebautes Institut aus Mangel an historischer Kenntniss decorirten.

Indess er übersah, dass der Regress mit der ganzen römischrechtlichen Eidesdelation, deren Consequenzen er selbst so gut erfasst hatte, in Widerspruch trat; dass es unzulässig war, von einem Regressrecht zu sprechen, weil es juristisch nicht möglich war, den Deferenten bei der aufgestellten Proposition beliebige Zeit festzuhalten, dem Delaten erst die Verweigerung, dann wieder die Annahme zu gestatten. Und diesen beiden Männern, Carpzov und Mevius, folgte die gesammte „gelehrte" Jurisprudenz, froh des eigenen Denkens und der Mühe des Widerspruchs sich entschlagen zu können. Mit der einen Hand hielt man fest an der iusta causa recusandi der Romanisten, mit der andern klammerte man sich an den sächsischen Regress an, ohne zu sehen, dass man sich im schönsten Zirkeltanz drehte.

So schreibt Philipp Braun in seinen principia iuris Canon., Norimb. 1698, ad Tit. X, de iureiur., S. 164:

> „Si is cui defertur, idem quod iuramento asserere petitur, aliunde vult probare arg. cap. 2, X, de probat. in qua probatione si defecerit, adhuc ad iuramentum postea admittitur."

Noch greller ist der Ausdruck, welchen Georg Adam Struve der Frage gibt. In seiner iurisprudentia Roman. German. forens., 6. Ausg., Jena 1691, und gleichlautend in der 18. Ausg. von Heineccius, Bambg. et Herbipol. 1767, lib. IV, tit. 1, de iureiur., §. 7, heisst es:

> „Quandoque tamen iuste recusatur iuramentum delatum ..... 2) si is cui defertur, quod iuramento probandum venit alias probare velit — Carpzov, I, const. 12, defin. 3, — proc. iur., tit. XI, 5, No. 1 — si vero hic in probatione de-

fecerit, nihilominus adhuc ad iuramentum postea admittitur, non tamen amplius referre potest" und wieder citirt er Carpzov.*) Ihm folgt wieder Andreas Christoph Schneyder, process. iur. iudic. provinc. Sueviae, Ulm 1723, Classis II, tit. 20, No. 20. Die gleiche Meinung haben ferner Joh. Chr. Gangloff, mann. ductio ad prax. forens., Nordhus. 1731, cap. 35, §. 24. Samuel Stryk, introductio in praxin forens., Wittebg. 1753, XX, §. 8. Georg Gerbet, tractatus de cautel. iuramentor., Hal. 1758, pars III, sect. 2, cap. 3, No. 68 u. fg.**) Joh. Gottfr. Schaumburg, princip. prax. ed. Reinhardt, Jen. 1769, lib. I, sect. 1, membr. 3, §. 12 u. fg. Carl Gottlob Knorre, Anltg. z. gerichtl. Process, Hal. 1777, XIII, §. 28. Abraham Kaestner, delin. proc. ord., Lips. 1746, cap. 24. Georg Beyer, Volckmannus emendatus, Jena 1763. Daniel Nettelbladt, Anltg. z. gerichtl. Praxis, Halle 1775, §. 459. Hommel, Teutscher Flavius, 3. Ausg., Bayreuth 1775, und ed. Klein, Lpz. 1813, sub v. „Gewissensvertretung", No. 7, 10, 12. Gottl. Euseb. Oeltze, Anltg. z. gerichtl. Praxis, Jena 1782, §. 214 u. fg. Endlich Hellfeld, iurispr. forensis, cura Oeltze, Jen. 1787, XII, 2, §. 804.

---

*) Vgl. dessen: Syntagma iuris, cum addit. Mülleri, ed. II, Frcft. et Lips. 1718, ad Tit. D., XII, 2, exercit. 17, No. 28 u. fg., und Georg Adams Struvens Jurisprudenz praktisch ausgearbeitet von H. E. Flörcken, Frcft. u. Leipz. 1704, IV. Buch, 16. Tit., §. 14 u. fg.

**) Muther macht darauf aufmerksam (S. 152), dass diese Schrift mit Unrecht Sam. Stryk zugeschrieben werde, unter dessen Präsidium sie vertheidigt wurde. Das ist freilich nichts Seltenes, aber hier ist die Schrift bedeutend genug, dem wirklichen Verfasser einen Platz zu schaffen; ich folge daher in meiner Citirweise der Muther'schen Belehrung.

§. 28.

Diese Auffassung der gemeinrechtlichen Juristen wurde nicht wenig unterstützt durch eine Bestimmung der Reichsgesetze. Wir sahen früher schon, dass dieselben keinen Anlass hatten in der Lehre vom Schiedseide an- oder abzuerkennen; in einem andern Punkt dagegen traten auch hier die Ideen der Zeit wirksam auf.

Die Reichsgesetzgebung hatte nämlich an der alten Lehre des Reinigungseides insofern festgehalten, als auch sie die Auflegung eines purgatorium ohne vorgängige Beweisinstanz gestattete. Auch hier zeigte sich wieder die bereits beim sächsischen Recht angedeutete Auffassung, dass die Parteibeurtheilung vorgehe der Combination des Richters, welchem man nicht gestattete, von den äusseren Kennzeichen auf die innere Qualität rückzuschliessen. Im Falle solchen Reinigungseides nun gewährte auch die Reichsgesetzgebung dem Angeschuldigten, vorher eine Beweisführung zu versuchen und erst bei deren Misslingen der Alternative: Schwören oder Bekennen gegenüber zu stehen. Die R.-K.-G.-O., II, 10, §. 1, schreibt vor, dass der Landfriedensbrecher sich eidlich (nach Umständen sogar mit Eideshelfern) reinigen solle. §. 2 bestimmt dann:

> „Würde sich aber der Beschuldigt der purgation oder entschuldigung in einigen wege widern — — — so soll er alsdann dess, darinn er verdacht oder beschüldiget worden, schuldig erhalten vnd erkent, — — — auch darauff ohn weiter beweisung der beschuldigten that (es were dann, dass der Beklagt sein vnschuld darzuthun gefast were, in welchem er dann gehört werden soll) in die peen des Kaiserlichen

Landtfriedens erklärt, denunciert vnd sonst in solchem, wie sich gebürt, procedirt vnd gehandelt werden.“

Hier ist also ganz derselbe Gedanke ausgesprochen, dem wir so lange durch das sächsische Recht hindurch nachgingen; will der Eidespflichtige statt der Leistung des Eides die Beweisung versuchen, so mag er es thun, aber er wird nur dann von seiner Pflicht befreit, wenn es ihm wirklich gelingt, den vollen Beweis der von ihm zu beschwörenden Thatsachen zu liefern. Freilich der Fall ist nicht civilprocessualisch, allein die Auferlegung des purgatorium ohne vorgängige Beweisinstanz wiederholt sich hier wie dort, und für beide, den Straf- wie Civil-Process, passt völlig derselbe Gesichtspunkt, dass in solchem Falle dem Eidespflichtigen die Freiheit der Beweisführung zu gestatten sei. Ein Gedanke, der, wie wir schon früher sahen, allmälig dahin führte, den altdeutschen Reinigungseid (oder die eidliche Ablehnung einer „Präsumtion“, wie das kanonische Recht sie uns brachte) auf das Gebiet zurückzudrängen, welches er heut zu Tage als richterlicher, erst nach vergeblicher Beweisinstanz zulässiger Notheid inne hat, auf welchem er wartet, bis ein klares Verständniss der materiellen Beweistheorie ihn völliger Vernichtung überliefert.

Mit vollem Recht also beriefen sich die Rechtsgelehrten auch auf die Autorität der Kammergerichts-Ordnung (oder aus den bekannten Gründen auf die gleichlautende Vorschrift des Concepts), und entnahmen aus ihr den Gedanken, dass wer schwören solle, erst zu beweisen versuchen dürfe. Ich brauche nicht erst zu wiederholen, dass dieser Gedanke, für eine Eidespflicht zulässig, ohne Widerspruch auf den Schiedseid nicht übertragen werden konnte. So gut man aber diesen

Widerspruch gegenüber dem sächsischen Recht nicht erkannte, so gut musste man ihn auch hier übersehen.*)

Es war nun freilich für die reichsgerichtliche Praxis diese Lehre in unserem Punkte einstweilen fruchtlos, weil der ganze Schiedseid fehlte. Als aber durch den jüngsten Reichsabschied das Positionenverfahren aufgehoben wurde, drängte sich auch alsbald der Schiedseid an dessen Stelle, und mit ihm unser Institut. Während Joh. Meichsner in seinen Decision. divers. caus. in Cam. Imperiali iudicat., Frcft. 1688, noch keine Entscheidungen darüber mittheilt; während auch in dem Werke: Dubiorum s. quaestionum aliquot in iure controv. decis. camer. Imp. per quend. eius assess. concinn., Frcft. 1601, die römische Eidesdelation einen blossen theoretischen Schmuck zur Einleitung bildet, ohne durch R.-K.-G.-Urtheile belegt zu werden, — schreibt Pütter in seiner nova epitome processus imper., ed. III, Gött. 1777, lib. IV, cap. 5, de iureiurando litisdecisorio, §. 96:

> „Probatione vel reprobatione semiplene vel minus quam semiplene peracta iusiurandum suppletorium vel purgatorium locum habet, sicuti et libros mercatorum iureiurando confirmari fas est. Sed et ipsa probatio vel reprobatio per delationem iurisiurandi fieri potest, quod tunc aut acceptatur aut si res ita fert refertur, aut probatio ad exonerandam conscientiam instituitur.“ **)

---

*) Vgl. Gaill, practic. observ., Antv. 1663, I, 82. Derselbe, de pace publica, II, cap. 7, No. 12 u. fg. Joh. Fr. Hofmann, praxis iuris et process. Cameral. novissima, Frcft. 1690. Estor, deutsch. R.-Process., am ang. O., S. 190. Auch schon Andr. Rauchbar, quaestiones cit., pars post., qu. 3, No. 16.

**) Er selbst erklärt: „Rarius tamen in supremis imperii tribunalibus quam alibi delatio iurisiurandi occurrere solet“, und §. 97: „Rarior tamen etiam in camera harum positionum usus est.“ Vgl.

Und wir können es den Cameralisten nicht verdenken, wenn sie, den allgemeinen Fehler der Verwechselung vom gesetzlichen und Haupteid begehend, diese Bestimmungen der K.-G.-O. als die gesetzliche Quelle des Instituts ansahen. *)

§. 29.

So bildete sich also die gemeinrechtliche Lehre, dass man den Schiedseid erst recusiren, dann noch leisten dürfe. Hätte man die Annahme des Eides vorangehen lassen, hätte man erst die Pflicht zur Leistung geschaffen und nun dem Delaten gestattet die Gewissensvertretung anzuwenden, dann hätte die Einführung des Regresses wenigstens einen inneren Zusammenhang gezeigt, wenngleich die Bestimmung des sächsischen Rechts

---

Introductio in praxin Cameralem, Wetzlar 1702, und Joh. Fr. Seyfart, deutscher Reichsprocess, Halle 1766, cap. 15, §. 23.

*) Hier zeigt sich am klarsten, mit welchem Vorurtheil Muther seine Untersuchung angestellt hat. Es ist eine häufig schon aufgestellte Behauptung, dass die Reichsgesetze mit der Gewissensvertretung nichts zu thun hätten. Von Muther's Standpunkt aus hätte jedoch das richtige Verständniss wenigstens der Reichsgesetze durchaus nahe gelegen, da er doch einmal die Gewissensvertretung auffasst als einen gesetzlich zulässigen Versuch zur Herstellung eines Eidessurrogates; da er ferner selbst auf die Combination gekommen war, dass die Eidesdelation im reichsgerichtlichen Process durch Positionen verdrängt, nach deren Wegfall ins Leben getreten sei. Man sollte denken, es sei fast unmöglich zu übersehen, dass die Cameralisten für den neu eintretenden Eid sich an die alten Vorschriften des Purgatorium hielten, da diese der gerade herrschenden Auffassung völlig entsprachen. Trotzdem schreibt Muther, S. 92: „Auch die hie und da (z. B. von Joh. G. Estor, Seyfart u. A.) versuchte Zurückfürung der Gewissensvertretung auf das Concept der R.-K.-G.-O. von 1613 (II, 10, §. 2) ist bodenlos.“ Hätte Muther nicht die äussere Geschichte von der Dogmengeschichte getrennt, ich sollte denken, das hätte ihm nimmermehr passiren können.

über die Desertion mit dem blossen Beweiserbieten nie in Einklang zu bringen war. Allein obgleich Stryk in seiner bereits erwähnten introductio in prax. forensem, XX, §. 8, diese Ansicht aufstellt, war doch die Mehrzahl so blind, dem sächsichen Recht zu folgen und zu lehren, dass die Annahme des Eides den Ausschluss der Gewissensvertretung enthalte; eine Bestimmung, welche wiederum nur für den negativen Charakter der sächsischen Eidesannahme einen Sinn hatte, welche mit dem gemeinen Recht völlig incongruent war, weil in diesem noch gar keine Pflicht zur Eidesleistung durch die Eidesdelation geschaffen war. Es soll damit nicht gesagt sein, dass man grundlos interpretirte, wer den Eid annehme, spreche damit seine Bereitwilligkeit zum Schwören aus, verzichte damit auf andere Beweisung; gewiss lag das an und für sich in solcher Erklärung darin. Allein diese Erklärung zu kassiren und statt dessen zu sagen, es erfolge die Eidesannahme, aber nur eventuell, nur für den Fall, dass gewöhnliche Beweisung nicht ausreiche, — dazu wäre man immer noch eher befugt gewesen, als dass man jetzt den Deferenten hinhielt bis nach der Gewissensvertretung, und nun die Annahme seiner Proposition gestattete, oder (wie das bei Gerbet, am ang. O., No. 71, mitgetheilte Urtheil lautet) den Delaten schuldig sprach:

> „den deferirten Eyd ohne delation nochmals zu schweren."

Wie gesagt, die Hauptursache war die Argumentation der sächsischen Juristen, der Gewissensvertreter habe doch eigentlich gar nicht erklärt, dass er nicht schwören wolle; nur: lieber wolle er beweisen, also: wenn er nicht beweisen könne, wenn das Misslingen der Gewissensvertretung das an den Tag lege, dann wolle er schwören. Für das sächsische Recht hatte die-

ses Raisonnement eben nur den Werth einer falschen Erklärung vorhandener Institutionen; für das gemeine Recht hingegen nahm es den Charakter des Widerspruchs an und führte zur blanken Willkür, welche in einem Falle Schwarz nannte, was im andern Weiss hiess, wie uns das die Mevius'schen Decisionen zeigen.

Ging man nun aber einmal von diesem verfehlten Gesichtspunkt aus, dass in dem Beweiserbieten keine Recusation liege, dann war es augenscheinlich logische Nothwendigkeit, nicht blos den Regress zur Eidesleistung zu gewähren, man musste alsdann den Regress zum deferirten Eide, den Regress zur Erklärung auf die Delation gestatten. Denn wenn keine Recusation in dem Beweiserbieten lag, wenn es auch weder Acceptation noch Relation enthielt, was sollte es denn eigentlich enthalten? So weit ich sehen kann, ist es daher nur Consequenz, wenn einzelne Juristen lehrten, dass durch das Beweiserbieten keine Erklärung auf den Eid abgegeben sei, dass diese daher nach misslungener Gewissensvertretung noch erfolgen müsse; während eine gelungene Beweisung sie überflüssig mache, da über unbestrittene Behauptungen keine Eidesdelation gestattet werden dürfe.

Der erste, welcher meines Wissens zu dieser Ausführung vordrang, ist Johann Brunnemann. In seinem Comment. in Codicem, Lips. 1708, ad l. 12 u. T., No. 30, stellt er die Recusation und die Gewissensvertretung ausdrücklich einander gegenüber:

> „Sed hoc intelligunt Dd. si recusaverit simpliciter. Sed aliud, si religionem conscientiae idoneis probationibus velit supplere etc.“

und in seinem tractatus iuridicus de processu civili, Frcft. a. O. 1666, cap. 23, No. 14, zieht er die Consequenzen, indem er schreibt:

„Si ergo is, cui delatum est iuramentum, probare

voluerit, defecit, potest regressus hac formula concedi: dass Kläger dasjenige, was er sich zur vertretung seines Gewissens zu beweisen angemasset, nicht bewiesen, deshalben er den deferirten Eidt zu prästiren oder zu referiren schuldig."

Brunnemann geht somit von dem Gedanken aus, dass die angebotene Beweisung keine Erklärung auf den Eid enthalte; dass deshalb nachher die Abgabe einer Erklärung nöthig sei. Damit ist nun freilich seine eigene Lehre an einem andern Ort nicht ohne weiteres zu reimen. Er sagt nämlich in seinem Pandektencommentar (ed. Stryk, Wittebg. et Berol. 1701) ad l. 30 D. u. T., No. 5:

„Et si probationem recipiens in probatione defecerit, potest apud Saxones ad iuramentum confugere, modo non deseruerit probationem, non tamen referre potest."

Hätten wir diese Stelle allein, so würden wir aus ihr entnehmen, dass Brunnemann für das gemeine Recht gar keinen Regress zum Eide gestatten will; denn wohl wäre sonst hier Grund gewesen, den Gegensatz schärfer zu betonen. Aber ich glaube, da er in seinem Codexcommentar erklärt, dass keine Recusation in der Gewissensvertretung enthalten sei; da wir ferner seine bestimmte Aeusserung im tractatus de proc. civ. haben, müssen wir die beiden Stellen dahin einen, dass Brunnemann eine Abweichung vom gemeinen Recht in seinem Pandektencommentar aufführen will, des Inhalts, dass nach sächsischem Recht die Relation ausgeschlossen sei, und dass er dabei für das gemeine Recht selbst stillschweigend auf seine anderswo entwickelte Lehre verweist. Ich räume ein, die Vereinigung behält etwas gezwungenes, aber auf alle Fälle muss der tractatus de

proc. civ., als die speciellere Schrift vorgehen, und Brunnemann das Verdienst behalten, den Gedanken zuerst in seiner vollen Schärfe ausgedacht zu haben. *)

Diese Selbständigkeit der Auffassung zeigt sich bei Brunnemann auch noch in einem andern Punkte. Bekanntlich schloss die sächsische Gesetzgebung die Interrogatoria in meritis aus. Auch gegen diese Lehre erhebt sich Brunnemann. Die Beweisführung sei nicht „perfect", so drückt er sich aus, wenn die Interrogatoria in meritis dem Deferenten benommen würden; dieselben gehörten in keiner Hinsicht zum Gegenbeweise, dürften daher auch nicht durch das (rationelle) Verbot des Gegenbeweises getroffen werden. — Auch hier wird er unsere Zustimmung erhalten. — Freilich nicht, wenn er nun weiter argumentirt, dass selbst der ordentliche Gegenbeweis zuzulassen sei, sobald der Gewissensvertreter erklärt habe, dass er seinen Beweis für geführt erachte. Brunnemann meint, dadurch verzichte der Gewissensvertreter auf das beneficium iuris, welches ihm Regress zum Eide gestatte, und dieser Regress sei der einzige Grund zum Ausschluss des Gegenbeweises.

Wie gesagt, nicht in Allem werden wir Brunnemann zustimmen; aber wir werden nicht leugnen können, dass hier die erste Auffassung vor uns dargelegt wird, welche consequent durchgeführt ist, obgleich auch sie immer noch an dem wesentlichen Mangel leidet, die Unwiderruflichkeit der Eidesdelation im Gegensatz

*) Seltsam ist der Contrast zwischen Muther's und meiner Ansicht. Muther findet in Brnnnemann's ganzem Auftreten nur Unsicherheit und vagen Widerspruch, entsprungen aus persönlicher Bosheit gegen Carpzov, dessen Ansichten er überall bekämpft. Dabei hilft ihm sein Schwiegersohn Stryk nach Kräften, aber die Geschichte geht dann über solche „Brnnnemann-Stryk'sche Familienansicht" (sic.) zur Tagesordnung über.

zum römischen Recht subintelligiren zu müssen. — Allein auch diese Begründung vermochte dem kritiklosen Anschluss an das sächsische Recht keinen Einhalt zu thun; — erst in Ludovici *) findet sich wieder ein Anhänger dieser Brunnemann'schen Lehre, und ihm tritt (um Stryk's Autorität willen nur schüchtern) zur Seite Samuel von Cocceii in seinem ius civile controversum, XII, 2, qu. 29. **) Dann spricht sich Martin Jac. Faber (de eo quod iustum est, si conscientiam probat. defensur. in probatione defecerit, Göttingen 1775) für dieselbe Lehre aus. Aber noch immer findet sie keinen Anklang, bis endlich Malblank in seiner doctrina de iureiurando, Tüb. 1781, für sie auftritt. Und nun scheint sie gesichert. In fast ununterbrochener Reihe treten die Processualisten für sie ein ***), und die wenigen Stimmen, welche sich gegen sie erheben, verhallen ohne Eindruck. So steht Thibaut, System, III, §. 1164, ganz allein mit der Meinung, dass nach misslungener Gewissens-

---

*) Vgl. dessen Einleitung zum Civilprocess, ed. Schlitte, Hal. 1731; 1709 zuletzt von Ludovici, der 1723 starb.

**) Muther, S. 244, citirt für diese Auffassung auch noch Wernher, observat. I, p. 4, obs. 151, No. 551. Die Stelle lautet:

„In qua probatione si quis succubuerit, confugere nihilominus ad iuramenti delati praestationem potest. d. O. P. S., tit. 19, §. 1.“ Sie spricht also nur von der Eidesleistung. Uebrigens ist dasselbe Versehen von Malblank begangen, 2. Aufl., S. 153, not. 238.

***) Malblank, doctrina de iureiur., edit. 2, Tubing. 1820, §. 59, S. 153. Claproth, 4. Aufl., Gött. 1816, §. 327. Lieckefett, vollständige Erläuterung des gem. deutsch. u. sächs. Processes, Lpz. 1793. Danz, Lehrbuch, 5. Aufl., von Gönner, Stuttg. 1821, §. 380. Gönner, Handbuch, 2. Aufl., Erl. 1804, II, 48. Linde, Lehrbuch, §. 308. Glück, Comment., XII, S. 330 u. fg. Barth, Beiträge z. Lehre vom Haupteid, Augsb. 1832, S. 61. Francke, Civilproc., I, §. 179. Schmid, Civilproc., II, §. 167. Ludwig Höpfner, Entw. einer bürgerl. G. O. f. Deutschland, Lpz. 1848. Bayer, 8. Aufl., S. 896. Osterloh, I, S. 394. Wetzell, S. 179.

vertretung nur die Relation zu gestatten sei. So haben Wolffson und Kurz ebenfalls keinen Anhang gefunden, wenn sie den Vorbehalt des Regresses entscheiden lassen wollen. Kurz in der bereits citirten Dissertation, S. 63, stützt diese Ansicht auf die Eventualmaxime; Wolffson, im Arch. f. d. civilist. Praxis, XXV, S. 225 u. fg., will den Vorbehalt der Leistung fordern, weil sonst der Eid recusirt sei; aber selbst seine Arbeit, welche auf dem Wege von Goldschmidt und Lüder fortgeht, hat keinen Beifall gefunden, meines Erachtens weil sie auf sehr verzerrten Gedanken freilich scharfsinnig aufgebaut ist. Gesterding sprach sich in seiner „Ausbeute", Greifsw. 1837, VI, 1, S. 124, sehr patriotisch-grob gegen das Institut aus, ohne Erfolg. Ebenso wenig vermochte der mannigfach gemachte Vorschlag: den Regress ganz zu streichen und einfach die Gewissensvertretung als Recusation aufzufassen, die herrschende Lehre zu erschüttern.*)

§. 30.

Allein damit nicht genug. Bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts hatte man doch mindestens an der Tradition festgehalten, und die hin und wieder hervortretenden Differenzen waren nicht eben sehr weittragender Natur. In gleicher Weise blieb der Streit über die eigentliche Quelle des Instituts für die praktische Seite ohne Erfolg.**) Wie man zu dem Institut gekommen, man wusste es selbst nicht und deckte die allmälig auftauchenden Scrupel mit dem undurchdringlichen Mantel der

*) Entw. e. Ger.-Ordn. f. d. churs. Lande, Dresd. 1803, Tit. 17, §. 9. Entw. zu e. d. Naturges. entspr. Rechts- und Ger.-Pflege, besond. geschr. f. Kursachsen u. dess. Landst., Leipzig 1805. — Gönner, Entw. e. Ges.-Buchs f. d. bürgerl. Verf.; Erlang. 1815, II, cap. 8, §. 10, No. 8.

**) Bauer, 1753. — Malblank, 1781. — Koch 1783.

„Praxis“ zu, gegen deren innere Berechtigung nur selten eine Stimme laut wurde.*) Die ganze Entwickelung im sächsischen Recht, das Bedenken Carpzov's, der laute Widerspruch, den Leickher, Caspar Ziegler, Erasmus Ungebauer, Berlich, Lüder-Mencke und Gribner gegen die gemeinrechtliche Existenz des ganzen Instituts erhoben hatten, — alles ging eindruckslos an den Rechtslehrern vorüber, um so mehr da Simon v. Leewen in seiner censura forensis, Amstelod. 1685, II, 1, cap. 29, No. 32, u. Voet in dem comment. ad pand., Hag. Comit. 1707, ad T. D. XII, 2, No. 15, die Subsidiarität des Eides lehrten und darauf die Zulassung des probaturus gründeten. Man war stillschweigend zu einem gewissen Waffenstillstand gekommen, in welchem der eine dem andern mit Resignation nachsprach.

Auf diese Zeit trauriger Oede, in welcher alle Vernunft gefangen war unter der „Praxis“, folgte alsdann ein gewaltiger Rückschlag; dass er geschah, lehrt uns seine Nothwendigkeit einsehen. Hatte man bisher sich mit einem unverstandenen Wust von gelehrten Citaten und Autoritäten geschleppt, denen man nie Aug' in Auge gegenüber gestanden, so sprang man jetzt fessellos ins Element hinein. Kein Wunder, dass bei solchem Speculiren Ansichten zum Vorschein kamen, welche heut zu Tage uns unbegreiflich werden, sobald wir in die Geschichte zurückblicken. Denn neben der Vernunft machte die Unvernunft sich breit und die „Natur der Sache“ rechtfertigte Alles. Das Geistestreiben in unserm Fach

*) So Schaumburg und Hellfeld; auch Emminghaus sagt in der Note zu seiner Ausgabe von Cocceii, ius civ. controv., Lips., 1799, am ang. O., „nihil magis naturale esse videtur, quam ut pro confesso habeatur, quia vix possumus his, quae electione nobis concessa sunt, successive sine iniuria uti“, aber räumt die entgegengesetzte Praxis ein.

wurde um so reger, als sich allmälig die reingelehrte Laufbahn heraussonderte und dadurch für die aufgethürmten Ideen der Probirstein praktischer Anwendung in Wegfall kam. *) Das bethätigte sich denn auch in unserer Lehre von der Gewissensvertretung. Man stellte sich ausserhalb aller positiven Bestimmungen, schuf sich den Begriff und suchte von ihm aus das Recht aus den Angeln zu heben, und — es gelang.

Selbst als Goldschmidt 1818 in seinen Abhandlungen auf den eigentlichen Herd der Gewissensvertretung hinwies und, wenngleich mit den Mängeln des Anfangs selbst behaftet, der historischen Forschung in unserer Lehre die Thür zu öffnen suchte, fand er noch kein Verständniss; die Zeit war noch nicht ruhig genug, die subjective Speculation hatte noch nicht ausgetobt. Die Ausführungen von Lüder**) und Wolffson, welche den Goldschmidt'schen Faden wieder aufnahmen, thaten ebenso der Controversenjagd keinen Abbruch. Und ich muss nach meinen Untersuchungen bezweifeln, dass die von Heimbach aufgestellte Forderung unbedingter Rückkehr zum Recht der alten sächsischen Processordnung, wie sie jetzt auch Muther erhebt, von besserer Wirkung sei.

Einstweilen besitzen wir ein buntes Dogmenspiel. Gönner behauptete, dass gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis gestattet werden müsse; die heftigen

*) Wenn man Muther liest, wie er gegen Gönner zu Felde zieht, sollte man Gönner für einen Menschen halten, der böswillig sich die Aufgabe gestellt hätte, alles Oberste zu unterst zu kehren. Ich glaube Muther vergisst, dass eine kommende Generation eben so über uns urtheilen könnte und dass Gönner Kind seiner Zeit war.

**) Muther wirft ihm S. 154 mit Unrecht vor, dass er Goldschmidt „stark benutzt habe", ohne ihn anzuführen. Er citirt ihn auf S. 7, 10, 20 und 41.

Kämpfe Schritt vor Schritt zu verfolgen, würde ebenso unerquicklich wie nutzlos sein. Ich glaube, da für unsere Erörterung aus ihr Nichts zu entnehmen ist, mich dieser rein compilatorischen Thätigkeit entschlagen und mich begnügen zu können mit einer einfachen Skizzirung des jetzigen Standes der Frage, bei der ich nicht einmal auf literarhistorische Vollständigkeit Anspruch mache.

Wir sahen oben, dass die herrschende Lehre unsere Gewissensvertretung mit dem Erfolge zulasse, dass nach ihrem Misslingen die Erklärung auf die Eidesdelation gefordert werde. Im Einzelnen gehen nun die Rechtslehrer wieder auseinander.

Einige wollen wenigstens dann den Regress ausschliessen, wenn der Beweis ins Gegentheil umgeschlagen ist,

> Danz, am ang. O. §. 381. Reinhardt, Lehrb. II, §. 257. Glück, XII, 334. Höchster, in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc., IX. Linde, Abhandlung, I, S. 83. Overbeck, Meditationen, Hannov. 1805, X, 537. Kurz, am ang. O. Schmid, am ang. O.

Man streitet ferner, welchen Erfolg ein theilweises Gelingen der Beweisung habe.

Einige erklären Notheide für unzulässig,

> Claproth, am ang. O. Barth, am ang. O. Rizy, Beweis durch Haupteid, S. 96. Wolffson, am ang. O. Strippelmann, der christliche Eid, II, S. 313.

Andere für zulässig,

> Malblank (nur das suppletorium), Linde, Glück, Reinhardt, Francke, Osterloh, Kurz, Bayer, Schmid, Höpfner.

Diese gehen dann aber wieder auseinander, je nachdem sie das Erkenntniss auf Notheid verlangen, oder

dem Gewissensvertreter frei geben, auf den theilweisen Beweis zu verzichten und zum Eide zu regrediren.

> Höpfner, Entw., §. 534, will dem Gericht gestatten, nach getroffener Erklärung auf den Schiedseid zur Auflegung eines Notheides zu schreiten, Francke und Schmid erst nachdem der Gewissensvertreter auf den Regress zum Schiedseid verzichtet hat.

Die Anwendung eines künstlichen Themas wird für zulässig erklärt,

> Meines Wissens dissentirt nur Kurz, S. 55: „Da dieselbe stets ein directer Gegenbeweis sein muss, dessen Beweisthema durch den Beweissatz, worüber der Eid deferirt wurde, schon normirt ist.“ Der angeführte Grund macht seine Behauptung hinfällig. Muther neigt zu ähnlicher Auffassung, wenn er S. 201 das künstliche Thema für eine Modification erklärt.

und in solchem Falle von Einzelnen die Eidesdelation gestattet.

> Linde, Schmid, Höpfner, Osterloh, Barth.

Eventuelle Eidesdelation macht die Gewissensvertretung unzulässig,

> Bayer, Osterloh.

andere lassen sie auch dann zu: unbedingt,

> Linde, Schmid, Kurz.

oder für den Fall früher nicht versuchter Gegenbeweisführung.

> Höchster, Höpfner stellt dem den Verzicht gleich.

Die Desertion der Gewissensvertretung schliesst den Regress aus,

> Glück, Schmid, Martin, Bayer,

oder nicht.

> Linde, Reinhardt.

Endlich sind Einige für,

Gönner, Glück, Reinhardt, Linde, Zeitschr., III u. XI. Höchster (ausnahmsweise nicht), Rizy, Schmid,

Andere gegen die Zulassung eines Gegenbeweises,

Malblank, Danz, Overbeck, Zu Rhein, Barth, Kurz, Höpfner, Francke,

während wieder Andere ihn ausnahmsweise gestatten,

Wolffson, Bayer, Osterloh, vgl. Seuffert und Lauck, Commentar z. bair. G.-O., Erl. 1842, III, S. 307 u. fg.

Es stellt sich uns eine Zersplitterung der Ansichten vor, bei der jeder Unbefangene unwillkürlich zu der Frage kommt: was von allen diesen gemeinen Rechten denn nun eigentlich das gemeine Recht sei? In der That die Erscheinung wäre betrübend, wenn nicht gerade in ihr ein Trost läge; der Trost nämlich, dass in allen diesen Schwankungen nur das Streben nach Wahrheit zu erblicken ist, welche durchdringen wird, sobald sie zur rechten Stunde erscheint. Freilich haben die Ideen der verschiedenen Parteien Eingang gefunden in die gleich thätige Gesetzgebung, aber diese Beziehungen stehen ja auch in der Zukunft offen. Unsere Aufgabe ist es gerüstet zu sein, wenn die Stunde kommt.

§. 31.

Das werden wir nicht nur durch die historische Kenntniss der doctrinellen Auffassung, wir werden es mehr noch dadurch, dass wir sehen, wie die Landesgesetzgebung der gleichen Zeit sich keinesweges so unselbständig gezeigt hat, wie die Doctrin. Allerdings finden wir die sächsische Lehre z. B. in der „Stadt Hamburg Gerichts-Ordnung, und Statuten, edirt 1603“, Hamburg 1605, I, 34,

No. 4, desgleichen im ersten Theil der „Fürstl. Münsterbergischen Landes-Ordnung Oelsischen Fürstenthums und anderer incorporirter Weichbilder vom 27. April 1716“ (in Weingarten, am ang. O.), art. 13, S. 23:

> „es könnte denn Beklagter durch brieffliche Urkunden, Zeugnus oder andere Beweisungen sein Gewissen entledigen und vertretten, damit soll er gehöret werden . . . Beklagter aber nichts minder nachmahlen da er auf dem Fall keine genugsame Beweisung vorführet, den Eid auf die übergebene Klage-Puncten auf nächstfolgende Rechts-Tag zu leisten frey und offen stehen.“

Wir finden dieselbe Lehre ferner in „der Vhralten Stadt Magdeburgk Gerichts-Ordnung vnd Process, Aus dem Anno 1625 gedruckt Exemplar von Neu auffgel., Magdeb. 1640“, art. 33. — „Fürstlich Sächs. gem. Hof-Gerichts zu Jena ern. u. verb. Ordnung, ao. 1653“, cap. 27. „Gothasche Proz. Ordn. vom 28. März 1670“, I, cap. 9, §. 17 u. fg. „Karl Wilhelm's Landgerichts-Ordnung für Jever“, Zerbst 1701. „Eisenach'sche Proz. Ordn. von 1702“, Tit. 10, §. 14 u. fg. „Sächs. Altenburg. Gerichts- und Proz. Ordnung, Altenbg. 1704“, I, cap. 9, §. 17. „Fürstl. Sachsen Weimar. V. O. 1. März 1723“, §. 32 u. fg. „Fürstl. Sachs. Altenbg. ern. Ger. u. Proz.Ordn., 1744“, I, cap. 20 (vgl. das Realrepertorium von Haberland und Schultes, Cahla 1786, S. 294).

Mag also die Zahl auch nicht gering sein, so hängen doch alle diese Gesetze mehr oder minder unmittelbar mit der sächsischen Gesetzgebung zusammen*) und ihnen gegenüber stehen andere, welche trotz aller Versuchung durch die perverse Doctrin an der reinen Lehre festhielten.

---

*) Vgl. Heimbach, Lehrb. d. sächs. Proz., Jena 1852, I, §. 124.

So heisst es im „Landrecht der Fürstenthumben Ober und Nidern Bayrn, München 1616", es solle der Richter den Eid aufladen, ohne dass vorher eine Beweisquote geliefert worden; Delat sei dann gehalten: zu schwören oder zu referiren,

> „es hätte dann der jenig, dem der Ayd angebotten worden, sein vorhaben vnd berühmen wider den andern allbereit in anderweg erwisen, oder wolte es noch wie sich gebürt erweisen, soll der welcher also gewisen, oder noch weisen will, zum Ayd vnverbunden, doch wo jhme auff sein waigerung hernach an der weisung gebreche, alsdann der weg dess anbotts oder laistung dess Ayds gar benommen sein."

Diese Bestimmung findet sich wieder im „Landrecht der Churfürstl. Durchlaucht in Bayern etc. Fürstenthumbs der Oberpfalz, München 1657", Summarischer Prozess, Tit. VII, art. 20*), und gleichen Inhalts ist der „Codex iuris Bavarici iudiciarii von 1753", cap. 13, §. 1 u. fg.**) Ferner ist der Regress zum Eide unbekannt in der „Halberstädter Cantzley-Ordnung vom 1. April 1615", Halb. 1617, II, cap. 5 (auch in der Neuen Leipziger Handels-Gerichts-O. v. 21. Debr. 1682, art. 15). In gleicher Weise schreibt die schon citirte „Neue K. G.-O. der Chur und Mark Brandenburg vom 1. März 1709" im Tit. 43, §. 19, vor:

> „Der sein Gewissen mit Beweiss zu vertreten übernommen, soll dafern er damit nicht fortkommen könte oder sich etwan verspäthet hätte, oder sonsten unter einigem Vorwand zu Abschwerung

---

*) Vgl. Caspar Schmidt, commentar. ad proc. summar. et edictal., Monach. 1695, ad h. l., S. 125 u. fg.

**) Vgl. v. Wendt, Hdb. d. bair. Civilproc., Nürnberg 1827, §. 116. Seuffert, Commentar, III, S. 307 u. fg.

oder Relation des Eydes recurriren wolte, damit nicht gehöret werden."

Das „Project des cod. Frideric. March., Bln. 1748", III, tit. 30, §. 2, hob die Gewissensvertretung auf; so auch „Corp. iur. Frideric., Bln. 1781", I, 10, §. 134, aber die „Preuss. Proz. Ordn. v. 1773", Tit. X, §. 255 (cura Mannkopf, Berlin 1837), gestattet wiederum „die Recusation des Eides" ausser bei facta propria und lässt folglich keine nachträgliche Annahme des „abgelehnten" Eides, nicht einmal ein suppletorium in der G.-V. zu.*)

Oetken in seiner Ausgabe der statuta civitatis Oldenburgensis, Oldenburg 1722, S. 262, schreibt:

„und is gewiss, das düsse Lehre und Meinung Christlicken Richtern und Gerichten beter ansteit, als wenn der Sassen-Rechte vorgeven I, 18, wennehr von einen Eidt affgefodert wert, dat he alsdann ane einige Einrede bethalen oder schwöhren schöle, wenn he schon dat Jegenspiel dör rechtmässige Bewiesung beybringen können und willen, welckes nicht alleine wedder Gades Wort und gemeine Rechte striedet, sondern ock der Vernunfft sülvest antiegen und den Seelen höch schädlick is, denn segt de Text etc."

auch er erwähnt keinen Regress.

Die „Untergerichts-Ordnung f. d. Herzogth. Bremen und Verden, Stade 1753", Tit. VII, §. 21, sagt:

„wer sich indessen einmahl des deferirten Eydes durch Erbietung zum Beweise entzogen hat, der soll hernach zur Eidesleistung oder zur relatione iuramenti weiter nicht admittiret werden."

Endlich erklärt „Joseph II. allgem. Ger.-Ordn. von

---

*) Dem gegenüber gesattet Heffter, preuss. Civil-Proz. 1856, §. 131, not. 3, Regress zum Eide und Gegenbeweis. (!)

1781“, Kap. 18, §. 204, die Gewissensvertretung ebenfalls für einen „Recusationsgrund“, desgleichen die „Westgalizische Prozess-Ordnung, vom 19. Dec. 1796“, §. 276, welche unter dem 15. Januar 1807 in Ost-Galizien, unter dem 20. Juli 1816 für das Ziller- und Brixen-Thal und Amt Vils eingeführt wurde.

Wägen wir die beiden Gruppen gegen einander ab, so ist die letztere, welche dem römischen Recht treu geblieben, offenbar die territorial weitaus grössere, und für die abweichende ist die entgegengesetzte Auffassung als Abweichung vom römischen Recht deshalb nicht zu bezeichnen, weil sie eine völlig selbständige, deutschrechtliche Eideslehre zum Grunde hat. Ja das Uebergewicht derjenigen Gesetze, welche an der Recusationsauffassung festhalten, ist so gross, dass wir in Versuchung kämen, den ganzen doctrinellen Entwickelungsprocess als einen Kampf gegen selbstgeschaffene Riesen aufzufassen, wenn wir nicht in der „Churfürstl. Braunschweig-Lüneburg. Ober.-App.-Ger.-Ordn. publ. 1713, Celle“, II, tit. 8, rubr. 3, §. 1, ein Gesetz vor uns hätten, welches die nachträgliche Erklärung gestattet, und wenn nicht in „der Grafschaft Hohenlohe gemeinsamen Land-Recht, Oehringen, 1738“, VI, tit. 3, §. 9, ausdrücklich auf das „gemeine Recht“ verwiesen würde.*) Aber jedenfalls stellt sich heraus, dass das Territorium jener ohnehin schwankenden, gemeinrechtlichen Lehre ein nicht sehr grosses gewesen, dass namentlich von einer anzuerkennenden Nachahmung oder gar Reception der sächsischen Gesetzgebung nicht die Rede sein kann.

Fassen wir das gewonnene Resultat kurz zusammen, so ist es folgendes.

*) Vgl. in dieser Hinsicht: Würtembg Edict über d. Rtspfl. in den untern Inst., 31. Dcbr. 1818, und Frankfurter V.-O. vom 15. Dcbr. 1829.

Die Praktiker des 17. Jahrhunderts, unklar über die Consequenzen der römischen Eideslehre und getäuscht durch die bei den Sachsen für beides gleiche Benennung, halten die sächsische Gewissensvertretung für ihre gemeinrechtliche Recusation. Da nun die Sachsen erklären, dass in ihrer Gewissensvertretung keine Recusation liege, so nehmen auch unsere Praktiker getreulich an, dass in ihrer Recusation eigentlich keine Recusation liege; sie verbinden daher, ohne die grossen Widersprüche gewahr zu werden, das sächsische Recht mit der römischen Eideslehre. Die Einzelnen, welche eine relative Consequenz wollen, kommen erst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts zum Durchbruch, und bald darauf wird das Institut zum Spielball aprioristischer Construction, welche noch heutigen Tags die Juristen gefangen hält. — Aber die Anlehnung an das sächsische Recht wird von der gleichzeitigen Particulargesetzgebung nicht getheilt, diese hält an den Consequenzen des römischen Rechts fest und gestattet nur die Recusation der Erklärung auf den deferirten Eid wegen Beweiserbietens.

Vierter Abschnitt.

Wenn ich nunmehr zur Entwickelung meiner Ansicht übergehe, so möge es mir vergönnt sein, scheinbar etwas weit auszuholen. Scheinbar, denn ich hoffe ex post wird man mir zugestehen, dass ich der Grundlage bedurfte, um sicher zu bauen und gegen Missverständnisse gedeckt zu sein.

§. 32.

Die Coexistenz zieht der natürlichen Willkür Schranken. Sie gestattet nicht, dass ein Wille Alles umfasse, indem sie die Existenz eines Rechts an gewisse Voraussetzungen knüpft. Die unter diesen Voraussetzungen vom menschlichen Willen erfassten Thatsachen werden die Ursache des Rechts, welches deren Wirkung ist. Mit dem Gedanken des Causalnexus ist die Nothwendigkeit gegeben.

Für diese Einengung der Willkür gewährt sie Ersatz durch den Schutz. Sie löst daher die Collision der Willen, indem sie Organe schafft, durch welche die Existenz der feststehenden Voraussetzungen geprüft und dem Einen oder dem Andern die staatliche Anerkennung zu Theil wird; eine Anerkennung, deren praktische Existenz an die Möglichkeit zwangsweiser Durchführung geknüpft

ist. Jene Anerkennung, nicht diese Durchführung ist die Aufgabe des Processes.

Bleiben wir bei dispositiven Rechten stehen, so zeigt sich ihre Eigenthümlichkeit darin, dass die Willkür der Betheiligten über Existenz und Nichtexistenz jener Voraussetzungen verfügt. Ihre Willensäusserung ist mithin uneingeschränkter Wirkung, sie ist, von Ausnahmen abgesehen, jeder staatlichen Controle entzogen. Das Verfahren nun, um den Willen auf dem Gebiete dispositiven Rechts zur Anerkennung zu bringen, kann in verschiedener Weise geregelt sein.

1) Es ist möglich, dass den streitführenden Theilen selbst es überlassen bleibt, die Existenz oder Nichtexistenz der Voraussetzungen zu prüfen, indem sie unmittelbar mit der Behauptung hervortreten, dass die Wirkung jener Ursache existire. Der Rechtsstreit dreht sich alsdann einzig um die Existenz der Wirkungen, die Parteien bringen die Ursachen gar nicht zur richterlichen Kenntniss, auf ihnen selbst lastet daher ein etwaiger Irrthum. Die richterliche Ueberzeugung von der Existenz des Rechts wird eine blos formelle; das Recht selbst wird freilich nicht formell, wenngleich es auf formellen Gründen ruht.

Dies ist das altgermanische Verfahren. Ihm gleich steht in gewisser Hinsicht das Verfahren in iure; auch in diesem k ö n n e n die Parteien den Streit einzig über ihre Behauptungen führen, ohne dem Prätor eine Kenntniss von den ursächlichen Thatsachen zu geben.

Neben diesem System, welches auf der vollen Berechtigung der Individualität beruht, steht ein anderes mehr prophylaktischer Natur; es kann nämlich

2) der Staat fordern, dass seinem Organ die u r s ä c h l i c h e n T h a t s a c h e n unmittelbar vorgelegt werden; die Anerkennung der Wirkung des Rechts erfolgt hier also

nicht unmittelbar, sondern sie erscheint als die Wirkung derjenigen Anerkennung, welche die Existenz der ursächlichen Thatsachen betrifft.

Man kann beide Principien verschmelzen und während man von vornherein die volle Disposition der Parteien anerkennt, die Vorlegung der fundirenden Thatsachen fordern, sobald es zur Beweisung kommt. Dies ist wie bekannt der Gang des römischen Rechts, und derselbe erscheint mir seinen Hauptvorzug gerade in der Feinheit zu haben, mit welcher er die Selbständigkeit der streitenden Theile verbindet mit der materiellen Beweistheorie. Aber der neuern Auffassung des Staats entsprach mehr das zweite Princip. Daher wird die Vorlegung der Thatsachen gleich anfangs gefordert und damit der behauptende Theil unter die staatliche Ueberwachung rücksichtlich der Richtigkeit seiner Schlussfolgerung, der von ihm behaupteten Wirkung zurückgedrängt. Dieser Standpunkt beschränkt nicht nur die Dispositionsbefugniss der Individuen, er ist sogar, was die ihm entsprechenden Verbindlichkeiten des Staats anlangt, nicht consequent durchgeführt; sonst würde aus ihm sich ergeben, dass die einmal zugelassenen Parteibehauptungen wiederum der Disposition der streitenden Theile anheimfielen; mit andern Worten, es würde folgen, dass der Staat, indem er die Controle des Causalnexus beansprucht, die Pflicht sofortiger Prüfung übernimmt. Jede zugelassene Parteibehauptung müsste durch ihre Zulassung ein Attest ihrer Richtigkeit erhalten.

Indess ohne dieser Pflicht genüge zu thun, fordert der Staat die Vorlegung der Thatsachen, und indem er die behauptenden Theile in Frage der Richtigkeit bevormundet, drängt er sie auf das Gebiet der Bewahrheitung zurück. Ihre Dispositionsbefugniss äussert sich nur darin, dass sie die Wahrheit der jenseits aufgestellten

Thatsachen schaffen, Thatsachen ausser Streit setzen können, sie ist also auf das Gebiet des Beweises beschränkt. — Demnach kennen wir im heutigen Recht kein disponirendes Geständniss, wie die Römer es in der confessio in iure hatten; nur Thatsachen können Gegenstand des heutigen Geständnisses sein. Aber auch hier ihm die Dispositionswirkung zu rauben durch Zulassung eines Gegenbeweises, das würde freiwilliger Knechtung gleichkommen.

Gleicher Weise — und damit treten wir unserer Specialfrage näher —, gleicher Weise gilt das vom Eide. Auch er ist nicht mehr das römische iuramentum in iure, ein Act freier Selbstbestimmung, mit Recht schaffender, Recht vernichtender Kraft, sondern auch er beschränkt sich auf das Gebiet des Beweises. Trotzdem ist es meines Erachtens unrichtig, ihn unter den Beweismitteln im technischen Sinn aufzuführen. Die Frage präjudicirt allem Weiteren, wir müssen auf sie daher näher eingehen.

Beweisen ist: die Uebereinstimmung von Behauptung und Realität darthun. Im Civilprocess ist der Masstab für diese Uebereinstimmung die richterliche Ueberzeugung, iudici fit probatio. Es ist bekannt, dass eine solche entweder durch Erfüllung gesetzlich festgestellter Formen oder durch Vorlegung von Gründen geschaffen werden kann. Ein Verfahren, welches sich einzig mit den Parteibehauptungen befasst, muss folgeweise eine formelle Beweistheorie haben. Eine Gesetzgebung hingegen, welche die Prüfung der begründenden Thatsachen fordert, geräth mit sich in Widerspruch, wollte sie nicht zur Ermittelung des streitigen Sachverhalts materielle Gründe begehren. Ja schon jedwede Beengung in Bezug auf die Zulässigkeit und den Werth derselben enthält eine Inconsequenz, welche in Gestalt beschränkender Beweisregeln gegen Uebergriffe nachlässiger oder

gar böswilliger Richter sichern soll, in Gestalt zwingender hingegen die Vorzüge einer materiellen Theorie in vielen Fällen opfert und, wenn noch dazu man die Verhandlungsmaxime scharf betont, den Richter zur Maschine macht.

Entschlagen wir uns etwaiger Gesetzesvorschriften, so kann die richterliche Ueberzeugung vor Allem begründet werden: 1) durch die eigene Wahrnehmung des Richters. In diesem Falle wirkt das Material also unmittelbar, ein Beweis des Gegentheils vor diesem Richter ist undenkbar, ein abweichendes Resultat ist nur durch die Einrichtung mehrerer Instanzen zu erreichen, und diese Abweichung hat dann mit der unterrichterlichen Ueberzeugung als solcher nichts gemein. — 2) Oder die Ueberzeugung des Richters wird begründet durch Mittheilung fremder Wahrnehmung. Diese fremde Wahrnehmung wird regelmässig dritten Unbetheiligten angehören. Denn für die Parteien wird Fähigkeit zur Wahrnehmung wie der Wille aufrichtiger Mittheilung um ihrer Stellung willen zweifelhaft sein, wenn nicht besondere Gründe die entgegengesetzte Auffassung hervorrufen. Solche Gründe können enthalten sein a) in der nachtheiligen Qualität der mitgetheilten Wahrnehmung. Hierauf beruht der Werth eines aussergerichtlichen Geständnisses; möge es dritten, möge es dem Gegner abgelegt sein, seine Beweiskraft hängt stets von der genannten Prüfung ab, und selbst wo dieselbe zur erschöpfenden Begründung der richterlichen Ueberzeugung hinreicht, vermag ich einen formell wirkenden Grund in ihm nicht zu erblicken. — b) Solche Gründe wirksamer Parteiäusserung können zweitens durch die vorzüglich feierliche Form gegeben sein. An sich kann man freilich nicht behaupten, dass die feierliche Form einen höhern Werth verleihe. Wir treten in gewisser Hinsicht auf das Ge-

biet gesetzlicher Instruction, sobald wir dem Eide des Einen mehr glauben wie dem Worte des Andern. Aber der Ausweg ist, namentlich in Zeiten unausgebildeter Vernunft, so naheliegend (wie uns die Geschichte zeigt); es ist andererseits bei verwickelteren Verkehrsverhältnissen durch die Politik rascher Procedur so sehr geboten: die Kenntniss der Parteien selbst zu benutzen, dass sich die traditionelle Form nicht nur erhalten, sondern vielfach eine Vertheidigung gefunden hat, welche den Staat, wie mir scheint ohne Grund, für unfähig erklärt, ohne Anlehnung an die Religion solche Fragen zu schlichten. Welche Unsicherheit in diesem Auswege liegt, wie wenig derselbe dem Recht entspricht, indem er die Gewissensfrage, noch dazu oft in dürftigster Form, zur Grundlage der Rechtsverhältnisse macht, — die Dissidenz wie die Scrupulosität mit rechtlicher Benachtheiligung belegt —, wie gross der Widerspruch ist, wenn der Staat Eide mit gleichem Thema aber verschiedenem Erfolg leisten lässt, wenn er, der die Disposition über irdische Freiheit, über Gut und Blut beschränkt oder vernichtet, nicht nur erlaubt, sondern die Hand bietet zur Disposition über das Seelenheil, — das alles sind Gründe, welche wieder und wieder vorgebracht sind, ohne irgendwelchen Erfolg. Unbekümmert weder um das Wohl der Einzelnen, von welchem die grosse Zahl der Meineide ein trauriges Bild zeichnet, noch um das Gericht der Geschichte, welches die Apathie ahnden wird, — unbesorgt hält sich der starre Besitzstand, dessen einzig tragender Pfeiler die vis inertiae ist. „Wir haben einmal den Eid, deshalb behalten wir ihn.“

Das positive Recht hat bekanntlich zwei Veranlassungen des Eides, die richterliche Auflegung und den Antrag des Gegners.

Der Notheid, — und leider besitzen wir ihn in zwei

Formen, für deren eine, das purgatorium, gar kein stichhaltiger Rechtsgrund aufzufinden, welche nur durch die Einwirkung der Kirche zu erklären ist, — dieser Notheid enthält in Wahrheit einen Beweisgrund, die Mittheilung der Parteiwahrnehmung, welche freilich in der Erscheinung eines Eides über Nichtglauben und Nichtwissen zu einer juristischen Parodie geworden ist. In Bezug auf die Wirkung und deren Wiederaufhebung greifen daher hier die gewöhnlichen Regeln ein. Nur darin liegt die Abweichung, dass die Natur des Eides die vorgängige Feststellung seines Werthes, seine Auflegung in bedingter Endsentenz erheischt. Wenn auch das von Einigen bestritten wird, so ist der Streit ein leerer Wortstreit, denn Rechtsmittel gegen die nach dem Notheide gesprochene Sentenz zuzulassen, kommt auch den Gegnern nicht in den Sinn.*)

Allein der Schiedseid hat mit diesem nichts weiter gemein, als dass beides Eide und daher den Vorschriften vereint unterworfen sind, welche aus der Nothwendigkeit entspringen, die Religion zu schützen. Nicht die Wahrnehmung der Partei ist es, was hier geliefert, nicht die Ueberzeugung des Richters, was durch sie hervorgebracht wird, sondern es ist die durch die Delation angebahnte vertragsmässige Erledigung streitiger Thatsachen. Es kommt hier also keineswegs auf die feierliche Versicherung an, wie beim Notheide, sondern wirksam ist einzig der Vertrag der Parteien. Und läge die diesem Vertrage beigefügte Bedingung ganz abseit von der Sache, ihre Erfüllung würde gleicher Weise wirken;

*) Muther, S. 85, will jetzt doch Appellation zulassen, sogar gegen ein Erkenntniss nach geleistetem Schiedseid; freilich noch in Bezug auf die Anwendung der Rechtssätze, aber es sei „sinnlos, das richterliche Enderkenntniss nur als eine purificirende Erklärung dre Folgen des Eides zu betrachten“.

wir würden nichts dagegen einwenden können, wenn die Partei ihrem Gegner die prätendirten Facta einräumen wollte unter der Bedingung, dass dieser erkläre, in Rom gewesen zu sein. Dass statt irgendwelcher andern Bedingung der Deferent den Eid wählt, das liegt blos in seiner subjectiven Auffassung, und durch das Hineinziehen des publicistischen Interesse, welches der Eidesleistung beiwohnt, wird einerseits die richterliche Controle geschaffen, wird andererseits vom Staat die Befugniss zum Zwange beansprucht. Aber durch Beides wird die Natur des Geschäfts nicht gewandelt, immer bleibt die Basis des Instituts die contractliche Feststellung von Thatsachen, und immer zeigt sich (wenn auch heutzutage mit Beschränkungen rücksichtlich des Meineides) in dem Eide die Dispositionsbefugniss der Parteien auf dem Gebiet der Bewahrheitung. Eine richterliche Ueberzeugung braucht dadurch nicht hervorgebracht zu werden, sie wird juristisch nicht dadurch hervorgebracht, und wir müssen deshalb den Schiedseid aus der Reihe der Beweismittel aussondern und ihn dem andern Dispositionsact, dem gerichtlichen Geständniss anreihen, welches bekanntlich in Bezug auf dieses Schicksal vor noch nicht langer Zeit ihm voranging.

So wenig wir nun etwas dagegen haben würden, wenn die Parteien solche Thatsachen, welche schlechtweg einzuräumen ihnen freisteht, unter irgendwelcher, wenn auch irrelevanten Bedingung einander zugeben oder, um es parodox zu sagen, einander verkaufen wollten; so wenig wir weiter gegen die richterliche Controle einzuwenden haben, welche die publicistischen Interessen gegen Kränkung schützt, — so bedenklich scheint es, dem Gegner Gelegenheit zu bieten, seine oder des andern Theils Subjectivität unter dem Schutz staatlichen Zwanges ins Spiel zu bringen. Allerdings je selbständiger die

Parteien dastehen, desto lebhafter werden sie das Gefühl ihrer Verantwortlichkeit mit in den Streit hineinbringen, desto gewissenhafter werden sie auftreten. Im altdeutschen wie im römischen Recht enthielt daher, wenngleich aus verschiedenen Gründen, die Eidesleistung eine Bevorzugung. Allein die christliche Scheu vor dem Eide verbunden mit der mehrfach hervorgehobenen Unselbständigkeit der streitführenden Theile haben den Gesichtspunkt verschoben; was Vorzug war, ist Last geworden, und wenn man im römischen Recht in der Eidesdelation ein modeste agere fand, welches den Gegner zu gleichem Zutrauen verpflichte, so tritt bei christlicher Auffassung der Sache uns die Frage entgegen, ob ich der Frivolität jedes leichtsinnigen Gegners weichen muss: eine Frage, welche um so brennender wird, wenn wir die grosse Ausdehnung des Schwurthema betrachten, die aus dem Glauben oder Nichtglauben der Parteien eine rechtliche Wirkung abzuleiten vermag.

Wir erhalten die Antwort aus der Geschichte. Wo das Bewusstsein des christlichen Eides durchgedrungen ist, tritt uns überall der Gedanke entgegen, dass jener römische Satz: „manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre“, mit dem Christenthum unvereinbar ist.

Und doch kann die Rechtsordnung in vielen Fällen die Aussage der Betheiligten nicht ohne grossen Nachtheil entbehren; sie muss dieselbe daher geeignetenfalls erzwingen. So lange dieser Zwang sich in Gestalt eines Eides äussert, bleibt die Collision mit der Religion nicht aus. Es fragt sich also, wie ist sie zu mindern?

Der einfachste Ausweg wäre offenbar, die Eidesdelation subsidiär zu machen. Die Beachtung dieser gesetzlichen Vorschrift könnte selbstredend nicht einzig der Willkür des Deferenten überlassen werden; es müsste

dem Delaten gestattet sein, die Subsidiarität zu erzwingen durch den Nachweis anderer Mittel, deren sich der Gegner zu bedienen hätte, wenn er überhaupt Gehör haben wollte. Diese Auffassung schüfe also ein präparatorisches Verfahren über die Frage, ob im vorliegenden Falle eine Eidesdelation gestattet sei; der Ausgang desselben hätte folgeweise keinen andern Zweck, als über die Triftigkeit der delatischen Behauptungen abzuurtheilen und ihm die Erklärung auf den Eid anzubefehlen, wenn seine Recusation als nicht gerechtfertigt dastände. Der Beweisführer würde dadurch abgehalten, auf andere Mittel zu verzichten und sofort zum Eide zu greifen. Sein materielles Interesse würde in der Kostenfrage Berücksichtigung finden.

Allein diese Art, die Anforderungen von Recht und Religion zu vereinigen, würde zum Nachtheil des Rechts ausschlagen. Die Befugniss des Beweisführers auf andere ihm zustehende Mittel zu verzichten und des Gegners Entscheidung in erster Reihe zu fordern, ist im Interesse schneller und wohlfeiler Justiz aufrecht zu erhalten. Freilich, will er selbst darauf verzichten und den Eid zum subsidiären Mittel machen, indem er ihn eventuell deferirt, dann beugt er der Reibung vor und der Delat, welchem die Gelegenheit der Beweisführung geboten wird, ist in jeder Hinsicht gedeckt. Mit Recht sprechen daher einige neuere Gesetze in solchem Falle die Unzulässigkeit der Gewissensvertretung mehr oder minder deutlich aus. Aber zwingen kann man dazu den Beweisführer nicht, ohne dem Gesammtinteresse zu schaden. Es fragt sich also, wie ist der Delat gegen den Druck zu sichern, welchen solche unter staatlichem Zwange gestellte Vertragsofferte wegen des ihr beigefügten Schwurs für ihn enthält?

An der Hand der Geschichte antworten wir, dass der

Staat dem Delaten gestatten muss, an seiner Beweisung festzuhalten, dem Druck dadurch auszuweichen, dass er den Gegner seinem Wunsche gemäss von seiner Beweisführung befreit und es über sich nimmt, anstatt der eidlicheu Erledigung die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit seiner Behauptungen zu erbringen. Denn den Deferenten von der Beweislast zu befreien ist heutzutage der einzige Zweck der Eidesdelation, weil nur die Bewahrheitung ihr Gebiet bildet, mithin der Gesichtspunkt eiues proponirten Vergleichs über das ganze Rechtsverhältniss, wie bei dem iuramentum in iure iuratum, unmöglich ist. Der Deferent muss es sich daher gefallen lassen, wenn sein Gegner den Zwang der Religion meidet und dadurch einen Aufschub herbeiführt; sonst würde das ihm zustehende Recht, auf die Beweisung zu verzichten, eineu unleidlichen Druck auf seinen Gegner ausüben. Und der Delat muss es zufrieden sein, wenn der Staat ihm gestattet, seine Scheu vor dem Eide mit dem Erfolge zu erklären, dass dadurch die Eidesdelation für ihn ungeschehen gemacht wird, während sie zugleich den Deferenten von der Beweislast befreit.

Dass ein solches Erbieten zulässig sei, das haben schon vor mindestens 350 Jahren die Juristen gelehrt. Aber sie verloren dabei nicht aus dem Auge, dass es sich um eine Recusation handle. In der That ist dies gegenüber der Lehre des römischen Schiedseides der einzig mögliche Standpunkt. Wer erklärt, dass er weder schwören noch referiren wolle, der recusirt den Eid und er verfällt dadurch in die poena confessi, wenn nicht besondere Gründe den Eintritt derselben ausschliessen.*) Als solchen Grund aber, als iusta causa recusandi sah man die Pietät an, welche von der leichten Entscheidung durch Eid

*) Nicht wie Wolffson meint, ihre Wirkung aufheben.

keinen leichtfertigen Gebrauch machte, sondern den mühevollen Weg der gewöhnlichen Beweisung wählte.*) Weil der Delat beweisen wollte, eben deshalb traf ihn nicht die poena recusandi. Positiv war damit noch nichts bestimmt. Während die gewöhnlichen Recusationsgründe es mit sich brachten, dass dem Kläger die Beweislast verblieb, dass eben die Eidesdelation als unzulässig dastand, hatte dieser Recusationsgrund des Beweiserbietens das Eigenthümliche, dass er im weitern Verlauf die Entscheidung in der Sache selbst herbeiführte, eine Eigenthümlichkeit, welche fern von jeder Willkür als der nothwendige Ausfluss der Natur eben dieses einzelnen Recusationsgrundes erscheint.

Wollen wir genau zu Werke gehen, so dürfen wir augenscheinlich für diesen Beweis nicht einmal die Bezeichnung „Gewissensvertretung" beibehalten. Denn unverkennbar trägt dieselbe Elemente in sich, welche nur auf das sächsische Institut passen, und gerade diese oberflächliche Leichtigkeit in der Anwendung eines Terminus hat uns ja die Lehre geschaffen, welche mit unsern Fundamentalsätzen in Widerspruch tritt. Denn der Ausdruck subintelligirt offenbar eine Schwurpflicht, von welcher er befreit, und eine wirkliche Beweisführung oder die an ihre Stelle getretene Beweisantretung, während wir den Nachdruck auf das Erbieten legen. — Jedoch es wird schwer halten, den seit zwei Jahrhunderten gebräuchlichen Namen auszumerzen, die Bequemlichkeit

*) Dem gegenüber stelle ich Muther, S. 274: „In der Tat ist die Auffassung der G.-V. als Recusationsgrund ganz verkehrt. Man braucht bloss zu fragen, welches die causa recusandi sei, um die Anhänger derselben in Verlegenheit zu setzen. Denn dass diese nicht in der blossen Wahl der G.-V. liegen könne, ist einleuchtend." — Freilich lässt auch Muther Stellen abdrucken, in welchen die iusta causa recusandi auftritt.

wird hindernd entgegenstehen. Nur das wird unumgänglich nothwendig sein festzuhalten, dass im gemeinen Recht die Wahl der Gewissensvertretung (wenn ich den Ausdruck denn selbst gebrauchen soll) das Entscheidende ist, dass wir unter der Gewissensvertretung selbst nichts zu denken haben als die probatio, die führen zu wollen von den gewöhnlichen Wirkungen der in der Wahl enthaltenen Eidesrecusation befreit.

§. 33.

Bleiben wir bei dieser Auffassung einstweilen stehen. Früher wurde ausgeführt (S. 122 u. fg.), dass und weshalb ein Gegenbeweis gegen diesen Beweis des Delaten nicht zulässig sei. Es bleibt uns vor allem hier die Frage zu erörtern, ob der Wegfall der Beweisregeln in dieser Hinsicht eine Aenderung mit sich führen müsse.

Unverkennbar hat die Zulassung des Gegenbeweises einen ganz andern Character, so lange wir an zwingenden Beweisregeln festhalten. Die dadurch hervorgerufene Trennung des für und wider beigebrachten Materials bringt, wie gezeigt, geradeswegs den zuletzt Redenden in Vorzug.

Bei beschränkenden Regeln wird der Unterschied geringer. Der Richter behält doch freie Hand in der Hinsicht, dass er nicht für wahr anzunehmen braucht, was er nicht für wahr hält. Und streichen wir endlich alle Regeln, so gewinnt die Befugniss des Gegenbeweises offenbar den blossen Werth umfassenderer Stoffvorlage. Es fragt sich, ob nicht von diesem Standpunkt aus die Zulassung eines Gegenbeweises gegen jene delatische Beweisführung zu gestatten sei. Meines Erachtens ist die Frage an sich schon mit den geschichtlichen Resultaten unvereinbar; der Deferent hat durch die Eidesdelation auf die Anwen-

dung gewöhnlicher Beweismittel verzichtet und für die Wirkung dieses Verzichts, welche bis zur gegnerischen Erklärung allerdings durch Rücknahme der Delation aufgewogen werden kann, — für diese Wirkung bedarf es nicht erst einer Berufung auf den Satz: reprobatio reprobationis non datur, kommt es nicht erst in Frage, ob die peremtorische Beweisfrist verstrichen sei; sondern sie tritt aus eigener Kraft ein, und der etwaige Wegfall der Beweisregeln kann daran nichts ändern, weil sie nur über die Zulässigkeit und den Werth des concreten Materials, nicht über die Beibringung von Material überhaupt Vorschriften geben.

Man könnte dem beipflichten und doch in einem Fall die Zulassung des Gegenbeweises fordern, nämlich bei künstlichem Beweisthema. Um die Frage richtig zu entscheiden, müssen wir den Begriff des künstlichen Beweises fixiren.

Ich lasse es dahingestellt, ob der Mensch zur unmittelbaren Wahrnehmung des Nichtseins befähigt ist, ob nicht vielmehr diese Wahrnehmung durch Abstraction von beobachtetem Sein gewonnen wird. Jedenfalls enthält die Mittheilung jedweder Wahrnehmung eine Schlussfolgerung, mag dieselbe auch so einfacher Natur sein, dass sie uns nicht ohne Weiteres ins Bewusstsein tritt. Und jedwede Wahrnehmung wiederum ruht auf dem Gedanken der Regel, mit welchem wir ebenfalls in bewusstloser Empirie operiren, oder ihn bei reiferer Bildungsstufe mit erklärter Vernachlässigung der Ausnahme anwenden. Auf solche Wahrscheinlichkeit stützt sich im praktischen Leben die ganze Vernunftthätigkeit, welche wegen der geringen Wahrscheinlichkeit des Gegentheils dieses völlig ausser Acht lässt.

Mag nun auch Fähigkeit und guter Wille gleich gross sein, es bleibt trotzdem nicht möglich, der richterlichen

Combination die ganz freie Entwickelung des Regelbegriffes und dessen Anwendung auf den einzelnen Fall zu überlassen, weil es Fälle gibt, in denen der Einblick in den Causalnexus uns verschlossen ist und vielleicht der Forschungen ganzer Jahrhunderte spottet. In solchen Fällen ist es unabwendbare Pflicht der Gesetzgebung, den möglichen verschiedenen Hypothesen vorzubeugen und an die Stelle der empirisch nicht zu gewinnenden Regel eine gesetzliche aufzupflanzen, welche von bekannten Thatsachen rück- oder vorwärtsgehend, dieselben als Wirkung oder Ursache auffasst und so eine Ursächlichkeit fixirt, welche die Vernunft bald mehr bald minder in Fesseln legt. Aber auch hier wird man damit einverstanden sein, dass der Werth solcher Präsumtionen nach dem Grade ihrer Uebereinstimmung mit der Vernunft zu bemessen ist. Mir ist im römischen Recht keine Präsumtion bekannt, welcher nicht Jedermann, sei es aus rationellen, sei es aus Anstands-Gründen (honeste vivere), beipflichten würde, und wie sehr wir hierin den Römern nachstehen, zeigt sich in der Erscheinung, dass wir die positive Rechtsvorschrift unserer Quellen betonen, wenn wir Präsumtionen anführen.

So lange man auf diesen Standpunkt möglichst freien Vernunftgebrauches steht, ist es unverkennbar ohne Werth, ob die Gründe, welche die richterliche Ueberzeugung schaffen, in unmittelbarer Beziehung zu den streitigen Thatsachen stehen, oder ob sie dem Zusammenhange derselben mit andern entnommen sind. Secundirt durch jene Präsumtionen wirkt die richterliche Vernunft fessellos und zieht alle Erscheinungen in ihren Bereich. Grenzen freilich sind auch hier nöthig, denn die Möglichkeit des Gegentheils kann nicht zu unendlichem Schwanken führen, aber sie beziehen sich nur auf die Vorlage des Materials, nicht auf dessen Nutzung

oder Qualität; es sind nur zeitliche Abgrenzungen, peremtorische Fristen oder die Rechtskraft.

Diese römische Geistesfreiheit aufrecht zu halten, waren, wie bekannt, die christlichen Juristen zu schwach. Eine Vorschrift des mosaischen Rechts, durch das Medium des neuen Testaments gestärkt, entwand ihnen dieselbe und zwängte sie in die Regel, dass die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen dem Richter die Ueberzeugung aufnöthige. Ob gut oder nicht gut für jene Zeit, das scheint mir müssig zu untersuchen; dass jene Lehre zum Durchbruch kommen konnte, beweist ihre Berechtigung; aber freilich eine Berechtigung nur durch die Unfähigkeit der Gegner, vernichtet, sobald sie einer selbstbewussten Generation gegenübertritt. Das zeigt sich schon in dem Abschütteln des Joches auf dem Gebiete des Strafprocesses.

Durch diese Beweisregeln wurde aber die Frage geschaffen, welcher Werth dem nicht von ihnen umfassten Material zukomme. Nicht blos um die dem Mass nicht entsprechenden Gründe handelte es sich dabei, sondern auch um die durch combinirende Vermittelung zu benutzenden Materialien. Das erste ist bekanntlich ein vielerörterter Punkt; für den mittelbaren Beweis gebührt der Carolina das Lob scharfsinniger Sonderung, welche, im Strafprocess wohl durch die Wichtigkeit der Fragen hervorgerufen, auf civilprocessualischem Gebiete vermisst wird. Das hat zu heillosen Schwankungen geführt. Denn ohne Klarheit hierüber war nicht daran zu denken, den Begriff der römischen exceptio zu erfassen, und so tritt uns in den Schriften bis auf die jüngste Zeit herab das Thema eines künstlichen Gegenbeweises als exceptio entgegen. Ich brauche nicht erst auszuführen, wie demnach sogar die Lehre der Beweislast durch die Beweisregeln in Verwirrung gebracht ist.

Offenbar haben an sich die Beweisregeln nichts zu schaffen mit dem mittelbaren Beweis; sie beziehen sich auf die Ueberzeugung von der Existenz und haben mit der Einsicht in den Zusammenhang nichts gemein. Wenn wir das berücksichtigen, dass es eben nur Unverstand war, den Gegensatz des vollbeweisenden Materials mit dem Namen einer artificialis probatio zu bezeichnen und so zwei ganz verschiedene Gedanken zu confundiren, dann werden selbst Ausdrücke wie eine exceptio alibi uns nicht irre machen, obschon sie die historische Bearbeitung aller dies Gebiet berührenden Fragen äusserst erschweren.

Ob also die richterliche Ueberzeugung die streitigen Thatsachen unmittelbar erfasst oder mittelbar durch solche, welche mit diesen in nothwendigem Zusammenhang stehen, das ist so weit ich sehen kann völlig unterschiedslos, wenn wir nicht die Schwierigkeit ins Auge fassen wollen, auf solchem Wege eine Ueberzeugung zu begründen. Wenn nun die gebotene Centralisation im heutigen Process die gleichzeitige Vorlegung alles zu benutzenden Materials fordert und für das Beweisverfahren daher den Satz schafft: reprobatio reprobationis non datur, so heisst das m. Er. nichts anderes, als dass jeder Partei ein Mal über die Existenz der von ihr prätendirten Thatsachen eine Beweismöglichkeit eröffnet wird. Nun ist allerdings richtig, dass solchenfalls durch künstliche Gegenbeweisführung die richterliche Ueberzeugung von realiter unwahren Behauptungen geschaffen werden kann, darin liegt jedoch immer noch kein Grund von unserer Regel abzuweichen und dem Hauptbeweisführer ein reprobatio reprobationis zu gestatten. Wollte man sie ihm ohne Schranken, also auch künstlich gewähren, so könnte man offenbar bei diesem Gliede einer unendlicheu Kette nicht ohne Willkür abbrechen.

Selbst der natürliche Gegenbeweis aber würde augenscheinlich zu keinem nothwendig andern Resultat führen; er würde nur die richterliche Ueberzeugung von der Unwahrheit des künstlichen Gegenbeweissatzes begründen können und für die Frage des Hauptbeweissatzes unmittelbar ohne Relevanz sein. So gut man aber hier von dem Reproducenten fordert, dass er gegen jeden Angriff auf seine Gegenbeweisführung gewaffnet sein soll, so gut kann man dieses Postulat gleich gegenüber dem Hauptbeweisführer erheben, wie das denn meiner Ansicht nach durch den Satz: reprobatio reprobationis non datur geschieht. Eine Härte liegt darin m. Er. nur dem Scheine nach, sie schwindet, sobald wir berücksichtigen, dass die richterliche Prüfung das von beiden Seiten beigebrachte Material zusammenfasst. So lange man durch zwingende Beweisregeln gebunden war, hatte es daher einen guten Sinn, wenn man solche künstliche Gegenbeweisung ausschloss und ihre Vorlage in Gestalt selbständiger Behauptung forderte, denn das Verbot einer reprobatio reprobationis, welches doch einmal feststand, hätte hier zu grosser Härte geführt. Dass aber beschränkende Beweisregeln eine Abweichung von der hier aufgestellten Ansicht nicht veranlassen, wird keiner Ausführung bedürfen.

Wenn ich demnach der Meinung bin, dass in keinem Falle gegen einen künstlichen Gegenbeweis ein Gegenbeweis zu gestatten sei, so würde selbst abgesehen hiervon bei der Gewissensvertretung mich der Grund bestimmen, dass der Deferent die eidliche Erledigung wollte und auf Beibringung gewöhnlicher Beweisgründe damit verzichtete. Wer darin eine Härte gegen den Deferenten zu finden geneigt ist, der bedenke, dass gerade durch diesen Ausschluss, den die Consequenz gebietet, einer leichtfertigeren Anwendung der Eidesdelation viel-

leicht vorgebeugt und andererseits die richterliche Ueberzeugung durch einseitige Stoffvorlage schwer genug zu erbringen sein kann.

Die sächsischen Juristen und ihre Nachfolger haben die Sache auch stets so aufgefasst; ich brauche nur an die oben berührten Beispiele zu erinnern; deferirt Kläger den Eid, dass Beklagter ihm den Kirchenstuhl „zur Ungebühr“ oder „minder denn mit Recht“ habe wegreissen lassen, so steht es dem Beklagten zu, als Thema der Gewissensvertretung Alles zu benutzen, was ihm das Recht zur Vornahme der fraglichen Handlung gibt, ohne dass dem Deferenten gegen dieses ungemein weitfassende Thema ein Gegenbeweis freistände.

Ja das sächsische Recht geht, wie erwähnt, sogar bis zum Ausschluss der Interrogatoria in meritis vor. Dass dieser gesetzgeberische Act juristisch nicht zu rechtfertigen, ist klar; wir sahen aber auch (S. 143), dass es erklärtermassen eine Bestimmung rein praktischer Natur war, der Gesetzgebung abgezwungen, weil die geringe Autorität des Richters es unmöglich machte, ihm die Entscheidung darüber in die Hand zu geben, wo die Fragen den Charakter selbständiger Operation annehmen. Nur aus praktischen, nicht aus juristischen Gründen haben sie das Verbot beider zusammengefasst*), und Niemand wird sich h. z. T. veranlasst sehen, dieser Massregel das Wort zu reden.

§. 34.

Wir haben mithin als Resultat des Bisherigen den Satz anzusehen:

*) Freilich in dem Entwurf einer neuen G.-O. für die chursächsischen Lande, Dresden 1803, Tit. 17, §. 9, No. 5, wird die Zulassung der Fragstücke ausgesprochen „in soweit sie nicht zur Gegenbeweisführung gehören“.

Keine Eidesdelation kann den Delaten zwingen, jede Beweismöglichkeit sich entziehen zu lassen; wählt daher der Beweisführer, auf andere Mittel verzichtend, sofort die Eidesdelation, so steht dem Delaten frei, dieselbe zu recusiren, wenn er zur ordentlichen Beweisführung über seine Behauptung bereit ist.

In dieser Fassung entspricht der Gedanke nicht nur den Anforderungen der Billigkeit und des Christenthums, er steht auch (und das ist das wissenschaftlich Bestimmende) in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des römischen Rechts und deren geschichtlicher Entwickelung. Der Eid ist iuste recusirt, auf ihn zurückzukommen ist juristisch unmöglich. Die misslungene Gewissensvertretung bringt also auch nicht etwa die poena confessi mit sich, als Präjudiz grundlos verweigerten Eides; sondern als misslungene, zur Befreiung von den Wirkungen der Eidesdelation übernommene Beweisführung bringt sie die Sachfälligkeit hervor, insofern nicht die richterlichen Nothcide sich an eine gelieferte Beweisquote anreihen und den Delaten vor dem Verlust seiner Sache decken. *)

In dieser Beweisung concentrirt sich jetzt der ganze Streit, von ihrem Misslingen und Gelingen hängt die Entscheidung in der Hauptsache selbst ab, und es ist daher nothwendige Folge, dass ihr Aufgeben durch Verzicht oder Desertion den Beklagten schlechthin sachfällig macht, weil er den letzten Ausweg des Obsiegens ausser Augen liess. Von einem Zurückgehen zum Eid

*) Legislativ freilich möchte sich die Zulässigkeit blos des suppletorium empfehlen. Liegt in der Zulassung des purgatorium überhaupt ein Widerspruch gegen die materielle Beweistheorie, so wird derselbe hier besonders scharf, wo man dem Gewissensvertreter gestatten will, die Entkräftung eines Beweisminimum durch den Deferenten zu fordern. Das ältere sächsiche Recht gestattete bekanntlich nur ein suppletorium.

kann hier so wenig wie bei misslungner Beweisführung die Rede sein, denn durch die Wahl der Gewissensvertretung hört die Partei auf, Delat zu sein.

Wenn demnach feststeht, dass wir mit der Annahme irgendeines Regresses zum Eide von dem Charakter der Eidesdelation schnurstracks abweichen, so fragt sich, ob eine solche widersprechende Ausbildung des Instituts nicht trotzdem durch wissenschaftliche Rechtsbildung geschaffen ist. Nun zeigte sich freilich eine Zeit lang die Zulassung der nachträglichen Eidesleistung ziemlich einstimmig, allein mögen die Rechtslehrer jener Zeit in noch so innigem Zusammenhang mit der praktischen Anwendung gestanden haben, so tritt ihrem unmittelbaren Einfluss doch in unserer Frage eine Reihe deutscher Gesetze entgegen, welche denselben mindestens sehr beschränken, wenn sie ihn auch nicht gerade zu einer bloss doctrinären Anschauung machen können. Gerade durch diesen Mangel unmittelbarer Anwendung, welcher Jedem gestattete, sich über etwaige positive Bestimmungen mit dem Gedanken hinwegzusetzen, dass es im gemeinen Processrecht anders sei, — gerade durch diesen Mangel entstand dann jener Umschwung, welcher nicht blos die Leistung, sondern auch die Erklärung auf die Delation als Regressobject hinstellte. Dass dieser Umschwung möglich war, dass als heutige gemeinrechtliche Lehre die Zulässigkeit nachträglicher Erklärung aufgeführt wird, das gerade scheint mir am besten zu zeigen, welchen Fluctuationen dieses angeblich gemeinrechtlich-deutsche Institut unterworfen, was namentlich von der Ansicht derer zu halten ist, welche alle Schäden der heutigen Lehre dadurch zu heilen glauben, dass sie ohne Weiteres das sächsische Recht zur gesetzlichen Quelle erheben. Auch sie verfahren meiner Ansicht nach völlig mit subjectiver Willkür, auch ihre Idee trat erst ziemlich erfolglos in der Goldschmidt'schen Arbeit auf,

und wenn mich nicht Alles trügt, so ist die Doctrin auf dem besten Wege, dieselbe gedankenlose Bereitwilligkeit, welche man bisher für die beiden Lehren des Regresses zur Leistung und des Regresses zur Erklärung übte, jetzt für die unumstössliche Autorität des sächsischen Rechts in Anwendung zu bringen, und uns eine neue gemeinrechtliche Gewissensvertretung zu fabriciren.

Damit soll natürlich über deu Werth der sogenannten gemeinrechtlichen Processstudien kein schmälerndes Urtheil gesprochen sein, widme ich mich ihnen doch selbst. Unleugbar stehen die wissenschaftlichen Ansichten und Arbeiten nicht fruchtlos dar, wie sich denn ja auch zeigte, dass die Doctrin jeder Zeit auf die gesetzliche Regulirung unserer Frage eingewirkt, in Ermangelung solcher die Praxis der Gerichte bestimmt hat, — wie auch hin und wieder der Richter gesetzlich an die als „gemeines Recht“ maskirte Wissenschaft ausdrücklich gewiesen wird. Aber je mehr die Bedeutung wissenschaftlicher Arbeit anzuerkennen ist, desto sorgfältiger muss sich dieselbe vor dem Joch der Autorität hüten, und das ist in dieser Lehre bislang nicht geschehen. Einzelne Stimmen freilich haben sich immer gegen die allgemeine Strömung erhoben, aber auch sie standen nicht auf der allein nützlichen, völlig erschöpfenden geschichtlichen Basis, sondern construirten nach diesem oder jenem Wink oder Princip ein Etwas, welchem sie mit Gelassenheit den Namen „gemeinrechtlich“ beilegten; — auch sie stehen demnach nicht im Dienste unbefangener Wissenschaftlichkeit, sondern haben die Alternative vor sich: entweder ihre subjective Ansicht zur Allgemeinheit durchdringen oder zu Grabe getragen zu sehen. — Um so weniger sind wir auch nur berechtigt, diesen wissenschaftlichen Experimenten einen schöpferischen Werth zuzugestehen.

So führt uns also die römischrechtliche Eidesdelation zu Consequenzen, welche mit den heutigen Lehren

in Widerspruch stehen, deren. Ausbildung sich der geschichtlichen Prüfung als eine weder durch innere noch äussere Gründe gestützte Annahme incongruenter Bestimmungen blosslegt; eine Annahme, welcher m. Er. nur der Werth eines doctrinellen Irrthums beizulegen ist. Dass dem so ist, daran scheint mir kein Zweifel ferner möglich; nur könnte sich fragen, ist nicht aus processpolitischen Gründen die Aufrechthaltung der gemeinrechtlichen Lehre geboten? Die Controversen der Rechtslehrer selbst machen schon die Frage an sich bedenklich; und stellen wir uns auf den Standpunkt der Heimbach-Muther'schen Lehre, welche m. Er. noch die grössere Vitalität hat, nehmen wir also die Frage so: ist nicht aus processpolitischen Gründen dem Gewissensvertreter die nachträgliche Eidesleistung offen zu lassen, — dann gibt uns die sächsische Entwickelung die beste Antwort. Ich wüsste zu den oben (S. 145 u. fg.) mitgetheilten Verhandlungen zur erläuterten Processordnung von 1724 nichts hinzu zu setzen.

Schluss.

Es scheint mir danach die unabweisbare Pflicht der Wissenschaft zu sein, die römisch-rechtliche Eideslehre anzuerkennen, aber mit den Modificationen, welche das Christenthum gebieterisch erheischt und bereits geschichtlich zur Durchführung gebracht hat. Wir würden das thun, indem wir aussprechen:

> „Das Recht achtet die Scheu vor dem Eide; es gestattet daher dem Delaten, die proponirte eidliche Beendigung auszuschlagen und statt dessen eine Beendigung durch einseitige Beweisung herbei zu führen."

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.